Der Besitz des Gerichtsvollziehers an den gepfändeten Sachen vor und nach dem 1. Januar 1900.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

eingereicht und mit Genehmigung derselben veröffentlicht

von

Friedrich Schenk

Referendar, z. Z. in Jauer.

Jauer 1904.

Oskar Hellmann.

Referent: Herr Geheimrat Professor Dr. Leonhard

Correferent: Herr Geheimrat Professor Dr. Fischer

Meinen Eltern
gewidmet

Inhalts-Verzeichnis.

Vorbemerkung: Die Civilprozeßordnung ist in den §§ 3 bis 6 nach der alten, im übrigen nach der neuen Fassung citiert. Die Kommentare der C.-P.-O. sind nur mit dem Namen der Herausgeber citiert.

Gvz. bedeutet Gerichtsvollzieher. R. G. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

§ 1.

Amts- oder Mandatstheorie.

Zwei verschiedene Tätigkeiten sind es, welche dem Gerichtsvollzieher von der C.-P.-O. zugewiesen sind, die Zustellungen und die Zwangsvollstreckung, soweit die letztere nicht den Gerichten zugewiesen ist.[1]) Prinzipiell steht den Gerichten die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen und in Forderungen, den Gerichtsvollziehern die in das bewegliche Vermögen zu. Doch ist dieser Grundsatz von einer Reihe von Ausnahmen durchbrochen.[2]) Nur das Letztere, die Zwangsvollstreckung wird uns hier beschäftigen.

„Die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in das bewegliche Vermögen erfolgt durch Pfändung.“[3]) „Die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Sachen wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher dieselben in Besitz nimmt.“ So lautet gleichmäßig Abs. 1 § 712 der alten und § 808 der neuen C.-P.-O. Dieser Besitz des Gerichtsvollziehers an den gepfändeten Sachen soll hier näher untersucht werden. Das kann nicht geschehen, ohne daß zuvor zu einer Frage Stellung genommen würde, die seit mehr als zwanzig Jahren in der Literatur Gegenstand eines Kampfes gewesen ist, der allseitig Interesse und lebhafte Beteiligung veranlaßt hat, und die auch hier das Fundament ist, auf welchem alle spezielleren Folgesätze sich aufbauen. Es ist das nämlich die Frage nach dem rechtlichen Verhältnis zwischen dem Gerichtsvollzieher und dem Gläubiger, nach der Möglichkeit

---

1) § 753 C.-P.-O.

2) (Vergl. §§ 789, 790, 791, 810, 847, 873 ff., 885, 887 C.-P.-O.)

3) § 803 C.-P.-O.

oder Unmöglichkeit eines civilrechtlichen Vertrages zwischen beiden. Mandats- oder Amtstheorie, so lautet das Schlagwort.

„Die Zwangsvollstreckung erfolgt, soweit sie nicht den Gerichten zugewiesen ist, durch Gerichtsvollzieher, welche dieselbe im Auftrage des Gläubigers zu bewirken haben.“[1])

„In dem schriftlichen oder mündlichen Auftrage zur Zwangsvollstreckung in Verbindung mit der Übergabe der vollstreckbaren Ausfertigung liegt die Beauftragung des Gerichtsvollziehers, die Zahlungen oder sonstigen Leistungen in Empfang zu nehmen, über das Empfangene wirksam zu quittieren und dem Schuldner, wenn dieser seiner Verbindlichkeit genügt hat, die vollstreckbare Ausfertigung auszuliefern.“[2])

„Dem Schuldner und Dritten gegenüber wird der Gvz. zur Vornahme der Zwangsvollstreckung und der in § 754 bezeichneten Handlungen durch den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung ermächtigt.“[3])

Auf diesen drei Paragraphen fußt der Kampf um die Stellung des Gvz. Der Gegensatz der beiden Richtungen ist nun etwa nicht so zu verstehen, als ob jemand an dem Charakter des Gvz. als Beamten zweifelte. In § 155 Gerichtsverfassungsgesetz sind die Gvz. deutlich als „die mit den Zustellungen, Ladungen und Vollstreckungen zu betrauenden Beamten“ bezeichnet. Während indessen die Amtstheorie behauptet, daß die Gvz. überall und jeder der beteiligten Personen gegenüber nur als Beamte gegenüberstehen, betont die Mandatstheorie, daß der ihnen vom Gläubiger nach den Worten der C.-P.-O. erteilte Auftrag einen wirklichen, privatrechtlichen Vertrag bedeute, der für das interne Verhältnis zwischen Gläubiger und Gvz., sei es ausschließlich, sei es in Verbindung mit der Amtseigenschaft des letzteren in Betracht komme. Von der Entscheidung dieser Differenz hängt es ab, welche Wirkung für den Gläubiger man den vom Gvz. dem Schuldner gegenüber vorgenommenen Rechtshandlungen beilegen muß, also auch der hier zu behandelnden

---

[1]) § 753 C.-P.-O.
[2]) § 754 C.-P.-O.
[3]) § 755 C.-P.-O.

Besitzergreifung. Auch das Reichsgericht hat Gelegenheit gehabt, zu dieser Frage Stellung zu nehmen. Nachdem im Jahre 1883 zwei voneinander abweichende Entscheidungen[1]) ergangen waren, ist am 10. Juni 1886 den vereinigten Zivilsenaten folgende Frage vorgelegt worden:[2])

„Haftet der Gvz. für den Schaden, welchen er durch vertretbares Versehen bei Ausführung eines Zwangsvollstreckungsauftrages dem Gläubiger verursacht, als Beamter, also im Geltungsgebiet der §§ 88 ff. A. L. R. II, 10 nur subsidiär oder civilrechtlich als Beauftragter?"

Das Reichsgericht entschied, nachdem es die Formulierung der streitigen Rechtsfrage in unwesentlicher Weise änderte, dahin, daß die Haftung des Gvz. eine nicht nur subsidiäre sei. An diese Entscheidung welcher in der Folgezeit die gesamte Rechtsprechung gefolgt ist[3]), knüpfte vor allem der Streit der folgenden Jahre an.

Die C.=P.=O. nennt, wenn sie das Rechtsverhältnis des Gvz. zum Gläubiger erwähnt[4]), dasselbe stets „Auftrag", ein Wort also, unter dem man sonst in der Rechtssprache allgemein einen bekannten civilrechtlichen Vertrag versteht. Hier greift die Amtstheorie ein mit der Behauptung, es sei begrifflich unmöglich, daß ein Privater mit der Staatsgewalt einen Vertrag dahin abschließen könne, daß diese sich ihm verpflichtet, in seinem Interesse ihr Imperium einem anderen gegenüber auszuüben. Was die rechtsphilosophische Seite dieses Einwandes betrifft, so könnte man ja entgegnen., die Vollstreckung staatlich anerkannter Ansprüche sei begrifflich Privatsache. Subjekt der Zwangsvollstreckung sei also nicht der Staat, sondern der betreibende Gläubiger, da jedes Privatrecht die Befugnis in sich schließe, durch Zwang verwirklicht zu werden. Daher handele die vollstreckende Obrigkeit nicht in Ausübung eines Imperium, einer

---

[1]) R. G. 9, 361; 10, 231.

[2]) R. G. 16, 396 ff.

[3]) Vergl. z. B. R. G. bei Gruchot 30, 1170 ff. und die meines Wissens noch unveröffentlichte Entscheidung vom 11. X. 1901, (rep. 216. 1901) in einer Breslauer Sache.

[4]) §§ 753, 754, 755 C.=P.=O.

Staatsfunktion, sondern nur in Unterstützung des Privaten, um im Interesse der öffentlichen Sicherheit Eigenmächtigkeiten und Willkürlichkeiten auszuschließen.[1])

Dem ist nicht beizupflichten. Zunächst ist es irreführend, hier von „begrifflichen" Möglichkeiten oder Unmöglichkeiten zu sprechen. Begrifflich ist die Zwangsvollstreckung nichts weiter als die zwangsweise erfolgende Durchführung staatlich anerkannter Rechtsansprüche. Aus der Definition des Wortes geht also noch nicht hervor, ob die Durchführung vom Staate selbst oder von sonst jemand bewirkt wird, sie ist „begrifflich" ebensowenig Staats- wie Privatsache. Das sie ausübende Organ bestimme sich vielmehr nach dem jeweils geltenden Staatsrecht, und ebenso wie dieses sich seit den Urzeiten menschlicher Kulturgeschichte gewandelt hat, ist zu prüfen, ob die Zwangsvollstreckung heut ein Ausfluß der Staatsgewalt ist und ob sie es immer gewesen ist. Sowohl nun zugegeben werden kann, daß die Zwangsvollstreckung nicht zu allen Zeiten und an allen Orten als Funktion des Staates angesehen wurde, so ist sie es doch zweifellos heut bei allen Kulturvölkern und ist also heut wirkliches Imperium. Demgemäß wird auch bei uns die Vollstreckung in Forderungen und in das unbewegliche Vermögen vom Gericht ausgeübt, und nur die in Mobilien ist, weil Fehlgriffe von weitgehenden Folgen hier weniger zu befürchten sind, von der C.-P.-O. einem besonderen, nicht rechtsgelehrten Beamten übertragen.

Auf einer ähnlichen Auffassung der Zwangsvollstreckung wie der unsrigen fußt von Welck.[2]) Auch er weist die Ansicht Schultzes zurück, daß die Möglichkeit der Vollstreckung nur ein Bestandteil des subjektiven Rechts sei, vielmehr nimmt er an, der Staat habe kraft positiven Rechtsatzes einen Teil seines Imperiums in die Hände der Privaten gelegt, die somit als die alleinigen Auftraggeber der Gvz. erscheinen. Kommt das aber nicht im Resultat auch auf das

---

[1]) So Schultze, Privatrecht und Prozeß in ihrer Wechselbeziehung S. 50 ff., 64 ff; Jastrow, Das Rechtsverhältnis zwischen dem Gerichtsvollzieher und seinem Auftraggeber, im civ. Arch. 68, 358 ff.

[2]) Rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers im heutigen deutschen Civilprozeß, bei Gruchot 36, 497 ff.

von Schultze gesagte hinaus? Denn wenn der Staat sein Imperium ein für alle mal jedem Privaten zur privaten Ausübung überläßt, so bleibt es doch kein Imperium mehr sondern ist eben durch den positiven Rechtssatz zur Privatsache geworden, als welche es Schultze schon von vornherein ansieht.

Die Formen, unter denen dem Gvz. sein Amt übertragen ist, lassen nun, wie wir sehen werden, auf ein ganz anderes Verhältnis dieses Beamten gegenüber der ihn angehenden Partei schließen, als es beim Richter vorliegt. Riedinger, der neuerdings eine eingehende Studie über die Rechtsverhältnisse des Gvz. hat erscheinen lassen, behauptet allerdings,[1]) es habe noch niemand zu beweisen vermocht, daß zwischen Gvz. und Vollstreckungsrichter ein grundlegender Unterschied bestehe oder daß die tatsächlich bestehenden Unterschiede gerade in der hier angegebenen Richtung einen Einfluß ausüben. Dies zu beweisen ist allerdings der springende Punkt für die Mandatstheorie, da es niemanden einfällt, auch den Richter als Mandatar der Partei zu bezeichnen. Sehr viele Mandatstheoretiker haben das leider übersehen, ihre Darlegungen beschäftigen sich mit nichts als dem Gvz. allein im Rahmen der ihm von der C.-P.-O. angewiesenen Stellung, sie beachten den Einwand der Gegner nicht: Warum wollt ihr dies alles nur für den Gvz. und nicht auch für den Richter gelten lassen?[2]) Selbst die citierte Entscheidung des Reichsgerichts im 16. Bande, sonst sehr ausführlich und klar, laßt diesen Punkt völlig außer Acht, sie begnügt sich überhaupt, was rechtsphilosophische bezw. staatsrechtliche Erwägungen anbetrifft, mit der kurzen Bemerkung, es sei sicher, daß es auch andere Beamte mit der von den Gvz. eingenommenen Doppel-Stellung gebe oder gegeben habe.[3]) Gerade die Möglichkeit dieser Doppelstellung aber wird im anderen Lager bestritten.

---

[1]) Der Besitz an gepfändeten Sachen, S. 7, 8.

[2]) So Westerburg, Einige Bemerkungen über die Natur der Interventionsklagen in der Exekutionsinstanz, bei Gruchot 23, 874, Jastrow a. a. O. S. 366 ff.

[3]) R. G. 16, 406.

Bisweilen wird die preußische Advokatur vor 1879 zum Beweis der Richtigkeit der Mandatstheorie herangezogen,[1]) da ihr Amtscharakter in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft nie zweifelhaft war und die doch ebenso erst auf Grund eines Vertrages mit einem Privaten in Tätigkeit trat. Dieser „Beweis" bedarf einer wichtigen Ergänzung insofern, als die Tätigkeit des Advokaten nicht staatliches Imperium zum Inhalte hatte, während das doch beim Gvz. der Fall ist. Daß aber ein Beamter sein Imperium vertraglich als beauftragter Vertreter eines Privatmannes ausübe, soll eine begriffliche Unmöglichkeit sein, weil die Exekution lediglich Sache des Staates sei. Von dieser Behauptung sagt Westerburg[2]) vortrefflich, sie gehöre „zu jenen Anschauungen, die auf den ersten Blick viel Bestechendes haben und gleichsam ein neues Prinzip wie das Ei des Kolumbus aufstellen, die aber bei näherer Betrachtung durchaus schillern, indem sie nur in einer Richtung wahr sind und diese Richtung nun zur allein maßgebenden machen auch da, wo ganz andere Gesichtspunkte durchschlagen müssen." Allerdings sehr wahr! Denn nicht, „bloß um den abstrakten Gedanken des Rechtsstaats zu verwirklichen" (Westerburg a. a. O.) wird vollstreckt, in erster Linie nicht im öffentlichen Interesse, sondern im Privatinteresse des Gläubigers. Wenn auch die Zwangsvollstreckung von einem staatlichen Organ besorgt wird und nach modernen Anschauungen besorgt werden muß, dieselbe also die Eigenschaft einer Betätigung des staatlichen Imperiums hat, so ist doch davon die Frage, wer dieselbe im einzelnen Falle veranlaßt, wer ihr spezieller Interessent ist, zu trennen. Man darf eben nicht den Zweck einer Handlung und die Art ihrer Ausführung verwechseln. Daraus, daß die Zwangsvollstreckung Imperium ist, geht also dagegen, daß sie „im Auftrage" des Gläubigers ausgeübt wird, noch nichts hervor. Der Vergleich mit dem preußischen Advokaten ist also doch nicht so falsch, als er gewöhnlich hingestellt wird.

Wunderbar wäre es doch wirklich, wenn die C.-P.-O. mit dem durchgehend gebrauchten Ausdrucke „Auftrag", der bei keinem

---

[1]) Vergl. auch Motive zu § 623 C.-P.-O.

[2]) a. a. O. S. 874.

anderen Beamten als dem Gvz. vorkommt, etwas anderes hätte sagen wollen, als sonst gemeinhin in der Rechtssprache darunter verstanden wird, besonders wenn auch aus der ganzen sonstigen Konstruktion der bei diesem Beamten vorliegenden Rechtsverhältnisse der Rückschluß auf einen wirklichen privatrechtlichen Auftrag so sehr nahe liegt als gerade beim Gvz. Die leider immer noch (so auch wieder von Riedinger und Roer[1]) zur Widerlegung versuchte Heranziehung des „beauftragten" Richters kann wohl als abgetan gelten. Daß die Worte „Auftrag", „beauftragen" an sich einen anderen Sinn haben können als den des bekannten Civilrechtsgeschäfts ist doch selbstverständlich. In dem bekannten civilrechtlichen Sinne werden sie also für sich allein noch nicht sondern erst dann zu nehmen sein, wenn so und so viele Nebenumstände dafür sprechen, daß dieser Sinn der vom Gesetz gewollte ist. Beim „beauftragten" Richter hat noch niemand einen solchen Nebenumstand ausfindig gemacht.

Wir gingen oben davon aus, daß der Staat im Interesse und nur auf Angehen eines Privaten handelt. Dann ist nur noch ein Schritt dazu, dieses Handeln in seiner Vertretung geschehen zu lassen. Solcher Vertretung durch den Staat steht in der Tat kein Bedenken entgegen. In andern Fällen erfolgt eine solche, weil der einzelne Staatsbürger nicht selbst die erforderliche, tatsächliche Macht besitzt (so im Völkerrecht, dort allerdings gewöhnlich als indirekte Stellvertretung), hier deswegen, weil ihm der Staat aus Rücksicht auf die öffentliche Ordnung die eigene Betätigung seiner Gewalt verboten hat. Ein Grund, dabei die privatrechtlichen Regeln der direkten Stellvertretung nicht anzuwenden, liegt nicht vor. Eine Beauftragung des Staates in dieser Hinsicht, woraus sich also für ihn eine privatrechtliche Verpflichtung ergeben würde, widerstreitet dagegen unseren Anschauungen von der Stellung des Staates. Beauftragt ist bei der Zwangsvollstreckung nicht der Staat, sondern ein von diesem angestellter Beamter, was wohl auseinander zu halten ist und einen sehr wichtigen Unterschied gerade von dem Richter ergibt. Bei der Immobilar-Zwangsvollstreckung wendet sich

[1]) Besitz von gepfändeten Sachen nach dem Rechte des Deutschen Reiches. Inaug.-Dissert. Breslau 1904.

die Partei nicht an „den Amtsrichter X", sondern an „das Amtsgericht", d. i. den Staat selbst. Dieses Gericht kann er allerdings nicht beauftragen, sondern nur ersuchen, seinem Antrage Folge zu leisten. Durch solches Ersuchen tritt er zu dem Amtsrichter, welcher das Ersuchen ausführt, in keine direkten Beziehungen. Solche entstehen nur zwischen ihm und der angegangenen Behörde, dem Gericht, d. h. da demselben Rechtspersönlichkeit fehlt, dem durch dasselbe repräsentierten Staat selber.

Anders beim Gvz. Die Stellung, welche diesem gegeben worden ist, weist deutlich darauf hin, daß sein Verhältnis zu den Privaten und dem Staate vom Gesetzgeber als ein ganz anderes gedacht ist, als das fast aller übrigen Beamten (der Notare etwa noch ausgenommen). Durch die Ausdrucksweise der C.-P.-O., der Gläubiger erteile dem Gvz. „Aufträge" und „Weisungen", wird zunächst schon äußerlich erkennbar gemacht, daß der Gläubiger sozial oder wirtschaftlich „Herr" des betreffenden Geschäfts ist und der Gvz. ihm gewissermaßen „untergeordnet." Stünde er aber auch dem Gläubiger nur als Beamter gegenüber, so müßte er als Repräsentant des Staates wie der Vollstreckungsrichter über beiden Parteien stehen. Diese auffallende und nirgends sonst vorkommende Verschiebung des Wertverhältnisses zwischen einem Beamten und einem Privatmann ergibt, daß noch ein anderes Moment zwischen beiden stehen muß als die vom Staate abgeleitete Amtsgewalt des Gvz., und dieses Moment ist mit Recht in dem privatrechtlichen Vertrage zwischen beiden gefunden worden. Im Gvz. handelt daher auch nicht der Staat selber, vielmehr hat derselbe, wie besonders die weiter unten noch näher zu beleuchtende, wenn auch in einzelnen Bundesstaaten heut tatsächlich nicht bestehende, so doch von § 34 C.-P.-O. präsumierte, wirtschaftlich selbständige Stellung des Gvz. beweist, diesen Zweig seiner Gewalt einer zwar kraft staatlicher Vollmacht aber doch auf eigene Verantwortung hin handelnden selbständigen Person übertragen, die dadurch den Charakter als Beamter erhält.

Diesen Beamten, der durch den Amtscharakter nach der anderen Seite hin nicht seine Eigenschaft als verpflichtungsfähige Privat-

person verliert, verpflichtet sein Auftraggeber durch Vertrag für ihn persönlich das Amt auszuüben. Zu der Ausübung des Amtes für jeden, der ihn angeht, ist der Beamte wiederum dem Staat gegenüber durch seine Anstellung verpflichtet, und zu diesem Zwecke handhabt er das ihm verliehene Imperium als Vertreter des Staates. Wie viel mehr als andere Beamte der Gvz. selbständig vom Staate handelt, erkennt auch eine Plenarentscheidung des obersten Gerichtshofes für Bayern[1]) an, indem sie daraus den Schluß zieht, daß der Staat für amtswidrige Handlungen des bayrischen Gvz. (vor der Reichs-C.-P.-O.) im Gegensatz zu denen anderer Beamter nicht haftet.

Wir sehen hier zweifach, daß die Handlung des Vertreters im öffentlichen Recht nicht eine solche zu sein braucht, die auch der Vertretene ausüben kann. Der Staat kann nicht als Mandatar des Gläubigers handeln, sein Vertreter, der Beamte kann es aber. Der Gläubiger kann nicht pfänden, sein Vertreter der beamtete Gvz. aber kann es. Deswegen trennt sich die Amtstheorie von der unserigen, weil sie die Handlung des Beamten mit der des Staates ausnahmslos identifiziert. Das mag fast immer sonst richtig sein, hier ist es nicht so und führt zu Fehlschlüssen.

Nur konsequent von der Gegenseite ist es, wenn von Schrutka-Rechtenstamm[2]) behauptet, die Verpflichtung des Gvz. dem Gläubiger gegenüber erfolge ohne Annahme des Auftrags auf das einseitige Angehen des Gvz. hin. (Er glaubt hier sogar die Entscheidung der vereinigten Senate des Reichsgerichts auf seiner Seite, was indessen offenbar auf einem Mißverständnis des in jener Entscheidung S. 401 Z. 15 v. o. enthaltenen Wortes „Grundlage" beruht). Vielmehr ist eine Annahme des Auftrages wie bei jedem anderen Auftrage auch hier nötig, daran ändert die dem Gvz. vom Staate auferlegte Verpflichtung gar nichts, derselbe ist eben verpflichtet zu kontrahieren.

---

[1]) Bd. 6, S. 190.

[2]) Über das Rechtsverhältnis zwischen Exekutionssucher und Exekutionsorgan in der Deutschen Civilprozeßordnung. Bei Gruchot 16, 682.

v. Welck[1]) führt hierzu aus, daß weder zur Entstehung der Vertretungsbefugnis des Gläubigers durch den Gvz. diese Übernahme nötig sei noch zur Entstehung öffentlich rechtlicher Pflichten des Gvz., die letzteren nämlich leiten sich wie die Richterpflichten her aus der Verleihung des Amtes, die amtliche Pflicht zur Ausführung des „Auftrages" sei keine andere als die Pflicht zur „Übernahme" desselben.[2]) Es bliebe also, sagt Welck, nichts als die Bedeutung der Feststellung seitens des Gvzs., daß die Voraussetzungen vorliegen, unter denen sein Amt ihm zu handeln gebietet. Eine solche Auslegung entspreche aber weder der Sprache des Gesetzes noch stehe sie mit der Stellvertretungstheorie in Einklang.

Riedinger[3]) erklärt die Mandatstheorie dann für unschädlich, wenn man sie so auslege, daß der Beamte zwar kraft seines Amtes zu seinen Amtshandlungen berechtigt und verpflichtet sei, außerdem aber nicht behindert sei, einen Vertrag über denselben Gegenstand abzuschließen. Diese Verschiebung der tatsächlichen Rechtslage ist zurückzuweisen. Vielmehr ist die Sache doch so, daß der Gvz. keine Amtshandlung ohne Vertrag ausführen kann. Er schließt nicht neben der Annahme des Parteibegehrens einen Vertrag ab sondern diese beiden Momente sind eine Einheit: durch die Annahme des Parteibegehrens kommt der Vertrag zu stande. Jede Annahme des Begehrens des Gläubigers ist also die Annahme einer Vertragsofferte und bewirkt einen Vertragsabschluß. In vielen oder den meisten Fällen ist praktisch Inhalt des Vertrages nur der gesetzliche Inhalt der Verpflichtung des Gvz., d. h. seine Berechtigung und Verpflichtung zum amtlichen Vorgehen in der gesetzlich allgemein vorgeschriebenen Weise. Doch können zu diesem notwendigen Teile des Vertragsinhalts noch weitere Parteivereinbarungen hinzutreten, z. B. über die Zeit der Pfändung oder die Gegenstände, welche gepfändet werden sollen u. a. m.

---

1) a. a. O. S. 541.

2) Diese beiden Pflichten sind aber in § 766 Abs. 2 C.-P.-O. ausdrücklich nebeneinander aufgeführt.

3) a. a. O. S. 8, 9.

Die Form des Vertragsabschlusses regelt sich nach dem jeweils geltenden Privatrecht. Vgl. hierzu A. L. R. I. 13, 14—16, wonach Personen, welche zu öffentlichen Verrichtungen bestellt sind, als einen Auftrag angenommen habend angesehen werden, wenn sie denselben nicht umgehend ablehnen.

Auch § 766 Abs. 2 C.=P.=O. spricht nicht, wie Riedinger[1]) meint, gegen das Mandat. Nur ist allerdings daraus zu entnehmen, daß eine Klage des Gläubigers gegen den Gvz. auf Ausführung des Mandates unzulässig ist. Wie Riedinger richtig sagt, würde sie mit den Grundgedanken des öffentlichen Rechts in Widerspruch stehen. In dieser Erkenntnis hat sie der Gesetzgeber durch die ausdrückliche Bestimmung, daß die Entscheidung bei Weigerung des Gvz. zur Übernahme eines Auftrages dem *Vollstreckungsgericht* zusteht, ausgeschlossen. Warum das Gesetz, wenn es auf dem Boden der Mandatstheorie steht, dem Gläubiger die *beiden* Rechtsbehelfe, Klage und Einwendung aus § 766, 2 hätte geben *müssen*, wie Riedinger meint, ist nicht zu verstehen. Es hat eben nicht beide gegeben, obwohl das hätte geschehen *können*. Für den Amtstheoretiker würde beim Fehlen einer Gesetzesbestimmung für die in § 766 genannten Entscheidungen neben dem Vollstreckungsgericht besonders der aufsichtsführende Amtsrichter als vorgesetzte Dienstbehörde des Gvz. in Betracht kommen.

Man hat die Mandatstheorie ferner damit unterstützt, daß der Gläubiger die Auswahl zwischen mehreren zuständigen Gvz. habe. Riedinger[2]) wendet sich dagegen mit dem Hinweis, daß es bei mehreren Gerichtsständen nicht anders sei, indem man die Wahl auch zwischen verschiedenen Spruchrichtern habe. Doch liegt die Sache hier etwas anders. Bei mehreren Gerichtsständen wählt man nur zwischen verschiedenen Stellen, an denen doch allen der Staat selbst seine Tätigkeit ausübt. Bei mehreren Gerichtsvollziehern aber wählt man zwischen verschiedenen *Personen*. Dasselbe ist die Wahl zwischen mehreren zuständigen Notaren.

---

[1]) a. a. O. S. 34.
[2]) a. a. O. S. 30.

Den Gegnern wäre noch Folgendes, was schon Jastrow[1]) andeutet, entgegenzuhalten. Zugegeben selbst, daß die Mandatstheorie zum Teil auf logischen Fehlschlüssen konstruiert ist, so ist das noch kein unanfechtbarer Beweis dafür, daß die C.-P.-O. auf dem Boden einer anderen Theorie steht. Der Streit um die „begriffliche Möglichkeit" eines Vertrages mit dem Gvz. — ist de lege ferenda gewiß von größtem Interesse, de lege lata aber insofern unpraktisch als es wohl vorkommen kann, wie die Rechtsgeschichte uns lehrt, daß eine Konstruktion eines rechtlichen Verhältnisses im Gesetze aufgestellt wird, die später von der Wissenschaft als fehlerhaft nachgewiesen wird. Man denke hier nur an die Lehre des A. L. R. vom geteilten Eigentum. Daß dieselbe falsch war, ist längst erkannt, und doch sind die betreffenden Rechtssätze bis heut noch nicht völlig ausgemerzt, z. B. in den noch übrig gebliebenen Resten des Lehnrechtes.

Ein meines Erachtens sehr wichtiger Stützpunkt der Mandatstheorie ist die Frage des Gebührenbezuges und vor allem der Art der Gebühreneinziehung. Das Reichsrecht hat über diese beiden Punkte keine einzige bindende Vorschrift erlassen, es begnügt sich damit, Gebühren zu erwähnen und in § 34 C.-P.-O. bei Festsetzung der Gerichtsstände auch den Gerichtsstand für die Klagen der Gerichtsvollzieher wegen ihrer Gebühren zu benennen.

Wie die große Anzahl der Vertreter beider Theorien beweist, sind die sämtlichen Bestimmungen des Reichsrechts für die Entscheidung unserer Streitfrage sehr wenig ausgiebig. Fast alle Bestimmungen des Gesetzes lassen sich je nach dem Standpunkt des betreffenden Schriftstellers möglicherweise so oder so auslegen. Die Klage des Gvz. wegen seiner Gebühren dagegen ist etwas völlig Abnormes, es ist daher auch ausgeschlossen, daß sie von den Vertretern der Amtstheorie in annähernd befriedigender Weise erklärt werden könnte. Wo immer wir sonst Beamte haben, für deren Amthandlungen seitens derjenigen, für oder gegen welche dieselben ausgeübt werden, eine Geldentschädigung zu zahlen ist —, so vor allem der Richter —, so ist es doch nie anders, als daß diese

---

[3]) a. a. O. S. 365.

Entschädigung für die kraft des staatlichen Imperiums ausgeübte Amtshandlung ebenso kraft des staatlichen Imperiums und für den Staat eingezogen wird, niemals aber ist der Staat bezw. Beamte hierzu auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen. Der Rechtsweg ist höchstens den Privaten für die Zurückforderung von zu viel erhobenen Gebühren freigegeben, so z. B. in der von Riedinger S. 33 vergleichsweise erwähnten Stempelsteuergesetzgebung. Die Ausnahme, die man gerade beim Gvz. gemacht hat, ist aus der durchaus anderen Stellung zu erklären, die er der Partei gegenüber einnimmt und ist bei dieser Stellung vollkommen gerechtfertigt. Man kann sagen: beim Richter wie auch sonst regelmäßig steht der Staat zwischen dem Beamten und dem eine Amtshandlung fordernden Privaten, hier dagegen steht der beamtete Gvz. zwischen dem Staat und dem Privaten.[1]) Allerdings hat das Reichsrecht nirgends vorgeschrieben, die Gebühren des Gvz. müssen in seine eigene Tasche fließen oder er dürfe sie nur auf dem ordentlichen Rechtswege einziehen. Das ist auch nicht nötig. Da es von einem „Auftrage" des Gläubigers an den Gvz., d. h. von einem privatrechtlichen Vertrage zwischen diesen beiden Personen ausgeht, erschien es ihm wohl ganz natürlich, daß der Gvz. die materiellen Vorteile des Vertrages auch selbst genießen solle, — worin hätte auch sonst diese abweichende, eigentümliche Stellung des Gvz. ihren gesetzgeberischen Grund? Und wenn er persönliche Vorteile aus jedem von all diesen Verträgen zieht, wenn er aus jedem von ihnen ein Geschäft macht, ja warum sollte er denn nicht auch die Mühe auf sich nehmen, sein Honorar wie jeder private Geschäftsmann ordnungsgemäß privatim einziehen?

Auch da, wo der Gvz. (wie in Preußen, Hamburg und noch einzelnen anderen Bundesstaaten) ein Gehalt aus der Staatskasse und daneben höchstens noch einen gewissen Prozentsatz der Gebühren erhält, ändert sich die Sache nicht. Wir haben vorstehend zu beweisen versucht, daß die Bestimmungen des Reichsrechts vom Standpunkte der Mandatstheorie aus gegeben sind. Auf dieser Grundlage des Reichsrechts war wie gesagt der Gebührenbezug als das Normale

[1]) Vergl. a. S. 22.

anzusehen, das Reichsrecht nimmt daher auch an, wie § 34 C.-P.-O. ergiebt, daß in den einzelnen Bundesstaaten ein solcher stattfinden werde, ohne aber eine positive Vorschrift dieser Art zu erlassen, hat es indessen wie überhaupt den Ausbau der Stellung des Gvz. dem Landesrechte überlassen, das Nähere zu bestimmen. Es ist daher noch kein Verstoß gegen das Reichsrecht, wenn einzelne Bundesstaaten, denen der Gebührenabzug aus irgend welchen Gründen unzweckmäßig erschien, materiell den Gvz. so gestellt haben wie jeden anderen Beamten. Praktisch bleibt alsdann für den Vertragsabschluß zwischen Gläubiger und Gvz. nicht allzuviel übrig, aber die Theorie des Reichsrechts bleibt bestehen und mit ihr viele Folgen, deren wichtigste der hier zu behandelnde Besitz des Gvz. und Gläubigers an den Pfandsachen ist.

Daß der Gebührenbezug in Preußen aufgegeben worden ist und dem Gvz. jetzt wie jedem anderen Beamten sein Gehalt, dazu auch ein Prozentsatz der vom Staate für seine Amtstätigkeit eingezogenen Gebühren aus der Staatskasse ausgezahlt wird, ist zweifellos sehr zu billigen, da sich praktisch aus dem Gebührenbezuge sehr unliebsame Konsequenzen ergeben haben. Überhaupt erscheint die von der C.-P.-O. vertretene Mandatstheorie nichts weniger als zeitgemäß sondern etwas überlebt und mit den modernen Anschauungen von den Aufgaben des Beamtentums nicht mehr recht vereinbar, und insofern ist die von der C.-P.-O. in dem Bestreben, einen vom Richter unabhängigen Beamten zu schaffen, getroffene Einrichtung des Gvz. in der bestehenden Form mehr ein Rückschritt als ein Fortschritt. Die Vertreter der Amtstheorie haben das sehr richtig erkannt, und insofern erscheinen ihre Bestrebungen verständlich. Ich kann mich aber der Überzeugung nicht verschließen, daß sie den Boden des bestehenden Rechts verlassen haben. Von einer etwaigen Neuregelung der Stellung des Gvzs. ist zu erwarten und zu hoffen, daß das Mandat des Gläubigers aufgegeben, die Tendenz der jüngsten preußischen Bestimmungen fortgesetzt und die Ausnahmestellung des Gvz. beseitigt wird. So lange das aber nicht geschehen ist, besteht zu Recht nur die Mandatstheorie.

Das privatrechtliche Vertragsverhältnis mit dem Gvz. ist auch bewußt in das Gesetz hineingetragen worden, wie uns die Motive desselben belehren.[1]) Daß die Motive eines Gesetzes, die Absichten der Regierung oder einer Kommission der gesetzgebenden Versammlung eine authentische Interpretation nicht sind, daran wird nicht gezweifelt. Aber es ist doch daran fest zu halten, daß sie eine überaus wertvolle Quelle für die Erkenntnis des Gesetzesinhaltes sein müssen. „Wie sehr man auch die Stellung der Motive zum Gesetz bestreiten mag, zum Mindesten spricht eine mächtige Präsumption dafür, daß ihre Wiedergabe des gesetzlichen Gedankeninhalts wirklicher Gedankeninhalt des Gesetzes ist. Wer es bestreitet, wird aus Bestimmungen des Gesetzes den Gegenbeweis zu erbringen haben."[2])

Mit Recht hat man schließlich zum Beweise des Mandates auch das Vorbild des deutschen Gvz., den französischen huissier, herangezogen, weil in der französischen Literatur das Rechtsverhältnis des huissier zum Gläubiger stets unter die Grundsätze des civilrechtlichen Mandates gestellt worden ist, ohne daß jemand an der „Möglichkeit dieser Konstruktion" gezweifelt hätte.[3]) Um diesen Beweispunkt zurückzuweisen, erklären die Gegner, für das deutsche Recht sei es ganz gleichgültig, welche rechtliche Stellung der huissir habe. Wenn dieser auch Mandatar der Partei sei, so sei es damit der Gvz. der C.-P.-O. noch lange nicht.[4]) Das ist indessen ein Fehler, der bei denen, die ihn gemacht haben, vielleicht darauf beruhen dürfte, daß es ihnen unbequem ist, ein fremdländisches Recht in die Debatte hineinzuziehen. Wer die privatrechtliche Verpflichtungsfähigkeit des deutschen Gvz. leugnet, muß dies für

---

[1]) Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 1, S. 220, 420, 440.

[2]) Kahn, Die Natur der Interventionsklage in der Civilprozeßordnung und deren Anwendung auf die Mobiliarexekution im Gebiete des französischen Rechts. Im civ. Arch. 70, 434.

[3]) Vergl. Dalloz, Jurispr. générale tom. 27 s. v. huissiers, 14 ff. tom. 39 s. v. responsabilité 469 f. s. v. officiers publics 17, 19; Sirey, Les codes annotés, code civil a. 1984 No. 15, 24, a. 1985 No. 13, a. 1986 No. 6; Laurent, Principes du droit civil français XX S. 539, sämtlich zitiert R. G. 16, 404.

[4]) So Riedinger, S. 26.

den hussier ebenso tun. Seine Stellung ist im Prinzip dieselbe, er übt die dem deutschen Gvz. zugewiesenen Funktionen im gleichen Maße aus. Giebt man aber auch nur die Möglichkeit eines Mandates für das französische Recht zu, so ist nicht abzusehen, aus welchem Grunde für das deutsche Recht ein anderes angenommen werden müsse. Man muß sogar im Gegenteil sagen: Kann der huissier als Mandatar der Partei handeln, so kann es der Gvz. der C.=P.=O. noch viel eher. Denn jenem sind richterliche Funktionen übertragen, sein Imperium ist ein viel höheres und damit die Möglichkeit der Annahme seiner Verpflichtung durch eine Privatperson eine entsprechend geringere. Riedinger sagt selbst:[1]) „Hier handelt es sich um eine rein konstruktive Frage.“ Die „Möglichkeit“ einer solchen Konstruktion dürfte überhaupt bei allen Kulturvölkern, die sich über die Begriffe „Staat“, „Beamter“, „Privatrechtsgeschäft“ klar geworden sind, die gleiche sein. Man darf allerdings nicht, wie es auch vorgekommen ist, blind den historischen Zusammenhang zwischen dem huissier und dem Gvz. leugnen wollen.[2])

Es entsteht nun die Frage, inwieweit sich die vorgetragene Auffassung nach der Neuredaktion der C.=P.=O. vom 20. Mai 1898 unter der gleichzeitigen Herrschaft des B. G. B. wird aufrecht erhalten lassen. Der Auftrag des B. G. B. unterscheidet sich vom gemeinrechtlichen Mandate durch seine unbedingte Unentgeltlichkeit, die zwar hier ehemals auch Regel war, dann aber durch die Zulassung eines „Honorars“ für liberale Dienste soweit durchbrochen wurde, daß sie als Regel überhaupt nicht mehr gelten konnte. Nach dem B. G. B. haben wir einen Vertrag wie den hier vorliegenden als Mietvertrag und zwar, da die Erreichung eines bestimmten Erfolges Inhalt der Verpflichtung ist, als Werkmiete zu behandeln. Durch § 675 B. G. B. wird aber ein solcher Vertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, in wichtigen Beziehungen den Regeln vom Auftrage unterstellt. Das hat es dem Gesetzgeber ermöglicht, den Ausdruck unverändert stehen zu lassen,

[1]) a. a. O. S. 6.

[2]) So Hellmann, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts, S. 165, derselbe in den Blättern für Rechtsanwendung zunächst in Bayern 1888 S. 18.

zudem hatte er ja wohl nicht die Absicht, in den Meinungsstreit der Wissenschaft authentisch einzugreifen, den er vielleicht noch nicht für einer endgültigen Entscheidung reif erachtete. Hat man für das bisherige Recht den „Auftrag" des Gläubigers als Vertrag mit dem Gvz. anerkannt, so ist in jedem Falle, wenn auch der Auftrag des B. G. B. eine Umgestaltung erfahren hat, so daß das in Frage kommende Geschäft in diese Vertragskategorie nicht mehr paßt, auch jetzt an der Vertragsnatur des fraglichen Rechtsgeschäftes festzuhalten und aus dem B. G. B. der geeignete Vertrag herauszusuchen, auf den die Merkmale des Zwangsvollstreckungsauftrages passen. Es soll hier nicht untersucht werden, worauf andere große Mühe verwendet haben,[1]) ob alle einzelnen Bestimmungen des bisherigen Landes- jetzigen Reichsprivatrechts über Mandat bezw. Werkvertrag auf den Vertrag mit dem Gvz. zutreffen, mit anderen Worten, ob dieser Vertrag genau das Mandat des gemeinen Rechts und der Werkvertrag des B. G. B. oder ein diesen nahe verwandter, indessen mit ihnen nicht identischer Vertrag ist. Wichtig ist lediglich das Prinzip: Vertrag oder nicht Vertrag, auf die Einzelheiten kommt es dann nicht mehr an. Für diejenigen, welche den Zwangsvollstreckungsauftrag als einen besonders gearteten Vertrag neben dem Mandat und Werkvertrag ansehen, gilt, daß das bisherige Landesrecht vor 1900 durch die aus der C.-P.-O. als einem Reichsgesetze über den Gvz.-Auftrag sich unmittelbar ergebenden civilrechtlichen Sätze soweit als nötig abgeändert worden ist, und daß auch neben dem B. G. B. von den allgemeinen Regeln desselben abweichende Spezialbestimmungen anderer Reichsgesetze in Kraft blieben.[2])

§ 2.

Der Besitzergreifungsakt.

Ehe wir uns der Besitzlehre der einzelnen bis 1900 in Deutschland in Geltung gewesenen Rechte und des heutigen bürger-

[1]) So Hahn bei Gruchot 31, 330 ff.

[2]) E. G. zum B. G. B. Art. 32.

lichen Rechtes zuwenden, mögen hier einige allgemeine Bemerkungen über den Besitzergreifungsakt selbst vorausgeschickt werden, die zweckmäßigerweise an dieser Stelle im Zusammenhang angeführt werden, um nachher nicht auseinandergerissen zu werden. Über die Besitzergreifung des Gvz. an den zu pfändenden Sachen sagt § 712 a. C.-P.-O.:

„Die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher dieselben in Besitz nimmt."

„Im Gewahrsam des Schuldners sind die Sachen nur, wenn der Gläubiger einwilligt, oder wenn ein anderes Verfahren mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, zu belassen. In demselben Falle ist die Wirksamkeit der Pfändung dadurch bedingt, daß durch Anlegung von Siegeln oder auf sonstige Weise die Pfändung ersichtlich gemacht wird."

Absatz 3 dieses § enthält eine hier nicht interessierende Ordnungsvorschrift an den Gvz.

In der am 20. Mai 1898 veröffentlichten revidierten C.-P.-O. lautet Satz 1 des obigen Absatz 2: „Andere Sachen als Geld, Kostbarkeiten und Wertpapiere sind im Gewahrsam des Schuldners zu belassen, sofern nicht hierdurch die Befriedigung des Gläubigers gefährdet wird."

Wir sehen also einen erheblichen Unterschied in der Behandlung der Pfandsachen jetzt und früher. Während ehemals die Wegschaffung der Sachen durch den Gvz. das Regelmäßige war und nur bei Einwilligung des Gläubigers oder erheblichen Schwierigkeiten wie z. B. unverhältnismäßig hohen Transportkosten ausnahmsweise unterbleiben durfte, sollen heut nur noch Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten der Einwirkung des Schuldners absolut entzogen werden. Alles andere bleibt grundsätzlich im Gewahrsam des Schuldners zurück und zwar auch, wenn der Gläubiger die Wegschaffung beantragt, und nur, wenn die dem Gvz. obliegende pflichtgemäße Prüfung eine Gefährdung der Befriedigung des Gläubigers ergiebt, hat er die Sachen durch Wegnahme der physischen Gewalt des Schuldners zu entziehen.

Unter „Gewahrsam" ist nach gemeinem Recht Detention zu verstehen, „faktisches, ausschließliches Innehaben im Gegensatz von juristischem Besitz"[1]) nach B. G. B. unmittelbarer Besitz, dazu im allgemeinen auch die Besitzdienerschaft, sofern nämlich bei dem Besitzdiener nach außen dasselbe objektive Gewaltverhältnis vorhanden ist, wie bei einem Besitzer.[2]) Das Vorhandensein dieses Umstandes ist eine Tatfrage, der Fall wird vorzugsweise nur dann eintreten, wenn die Gegenstände sich außerhalb der Räumlichkeiten befinden, welche der Innehabung des Dienstberechtigten unterworfen sind. Die Meinung Vogts[3]), daß der Besitzdiener niemals den Gewahrsam habe und daß, wenn jemand Sachen des Dienstherrn außerhalb der Wohnung des letzteren innehat, Besitzdienerschaft überhaupt nicht mehr angenommen werden könne, ist zweifellos irrtümlich. Als die C.-P.-O. im Jahre 1879 in Kraft trat, bestanden in Deutschland so und soviel Privatrechtssysteme neben einander, auf welche alle Rücksicht genommen werden mußte bei Anwendung von Bezeichnungen von Privatrechtsverhältnissen in Reichsgesetzen. Man wählte daher auch hier einen Ausdruck, der in sämtlichen in Deutschland damals geltenden Rechtssystemen untergebracht werden konnte. Für das gemeine Recht kann es keinem Zweifel unterliegen, daß Gewahrsam gleichbedeutend mit detentio ist, wenn man nicht etwa annehmen will, daß das Wort ein ausschließlich tatsächliches Gewaltverhältnis bedeutet ohne Rücksicht auf alle juristischen Grundlagen desselben, daß es bewußt in diesem Sinne gebraucht ist und daher einem Vergleiche mit Rechtsverhältnissen nicht unterzogen werden dürfe. Doch so ist der Sinn des Wortes von der C.-P.-O. gewiß nicht gemeint, da wir bei einer Rechtshandlung[4]) wie der Besitzergreifung der

---

[1]) Struckmann—Koch § 712 Anm. 2.

[2]) Petersen—Anger S. 445. Nessel, Der Interventionsprozeß in der Zwangsvollstreckungsinstanz im Geltungsbereiche des A. L. R. Bei Gruchot 28, 105; abw. Gaupp-Stein II. S. 536, Seuffert S. 469, vgl. auch Olshausen, Einsprüche Dritter S. 32.

[3]) Besitzverhältnisse an einer gepfändeten Sache. Innaug-Dissert, Rostock 1903.

[4]) Nicht Rechtsgeschäft — vergl. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. I. § 51, 2 a, Engelmann, Bürgerliches Recht § 33.

gepfändeten Sachen durch den Gvz. unmöglich die rechtliche Stellung des Schuldners zu diesen Sachen zu Gunsten seiner tatsächlichen Gewalt über dieselben völlig außer Acht lassen können.

Die gepfändeten Sachen „nimmt der Gvz. in Besitz." Bei den vom Gvz. dem Schuldner tatsächlich weggenommenen Sachen liegt die Besitzergreifung natürlich in der Wegnahme. Bei den im Gewahrsam desselben zurückbleibenden Sachen dagegen „ist die Wirksamkeit der Pfändung dadurch bedingt, daß" . . . die Pfändung irgendwie äußerlich ersichtlich gemacht wird. Es genügt also nicht eine bloß wörtliche Besitzergreifung. Der Gvz. muß sich vielmehr in jedem Falle auch die (nicht nur rechtliche, auch nicht rein physische sondern) nach allgemeinen Anschauungen wirtschaftliche Möglichkeit verschaffen, über die Sache verfügen zu können. „Tatsächliche Gewalt ist die von der Verkehrsanschauung anerkannte Herrschaft der Person über die Sache, so definiert Planck[1]) und nennt dies im Anschluß an Goldschmidt[2]) einen „sozialen Gewaltbegriff." Bei kleinen leicht transportablen Gegenständen kann die Besitzergreifung darin gefunden werden, daß der Gvz. dieselben an sich nimmt, denn von jetzt an hat er ja die Möglichkeit der Herrschaft darüber. Giebt er dieselben dem Schuldner wieder zurück, so erlischt das Pfandrecht, wenn nicht ein Siegel oder ähnliches Zeichen daran angebracht wird. Wie aber bei großen, nicht ohne Beihilfe anderer zu transportierenden Gegenständen, z. B. einem Klavier? Hier vielleicht die Besitzergreifung darin zu finden, bezw. sie davon abhängig zu machen, daß der Gvz. die Sache etwa mit der Hand berührt, wäre ein Formalismus, der dem modernen Rechtsleben fremd ist, weil dadurch eine faktische Änderung in dem Verhältnis des Schuldners zur Sache nicht verursacht wird. Hier liegt vielmehr die Besitzergreifung lediglich in der Anbringung des Siegels selbst, in der Aufstellung einer Tafel, der Anstellung eines Hüters, Besitzergreifung und Ersichtlichmachung desselben fallen also hier in

---

1) Kommentar zum B. G. B. § 854.

2) Berliner Festgabe für Gneist 1888 S. 64, cit. bei Planck a. a. O.

eins zusammen.[1]) Klarer wäre wohl daher der Sinn des Abs. 2 § 808, wenn es hieße: „In diesem Falle erfolgt die Pfändung dadurch, daß Siegel angelegt werden, oder in ähnlicher erkennbarer Weise vom Gvz. der Besitz ergriffen wird.“

Eine Änderung im Gewahrsam des Schuldners tritt, falls die Pfändung durch Siegelung erfolgt, auch nicht für einen Moment ein. Die Sachen werden nicht vom Gvz. in einen den Gewahrsam mitumfassenden Besitz genommen und sodann in den Gewahrsam des Schuldners zurückgegeben, der Besitz des Gvz. ist hier vielmehr von vornherein ein solcher ohne Gewahrsam, mit besonders stark ausgeprägter rechtlicher Natur. Denn zur Aufhebung des Gewahrsams genügt nicht die Pfändungserklärung, auch nicht die symbolische Besitzergreifung durch Siegelung, vielmehr ist hier für eine wirkliche Entfernung der Sachen aus dem Machtbereich des Schuldners Voraussetzung.[2])

Die Möglichkeit allerdings, auch diese Sachen später noch in eigenen Gewahrsam zu nehmen, wird durch das eben Ausgeführte für den Gvz. in keiner Weise berührt. Sollten später die Voraussetzungen eintreten, unter denen die Sachen beim Schuldner nicht zurückgelassen werden dürfen, also eine Gefährdung der Befriedigung des Gläubigers, so hat der Gvz. die Pflicht, die Sachen sofort dem Machtbereich des Schuldners zu entziehen.

§ 3

Der Besitz des Gvz. nach gemeinem Recht.

I. Im Falle des Abs. 1 § 712 a. C.-P.-O.

Im Folgenden wird nun näher zu untersuchen sein, welche Stellung diesem „Besitz“ des Gvz. in der Besitzlehre des gemeinen Rechts zukommt, und zwar zunächst im Falle des Abs. 1 § 712,

---

[1]) Ebenso Förster—Eccius, Preußisches Privatrecht III § 160 Anm. 38 a. E.; Falkmann, Zwangsvollstreckung S. 184; Dernburg, Pandekten I. § 271, 3.

[2])Entsch. des Reichsgerichts in Strafsachen 5, 37.

wenn also die gepfändeten Sachen vom Gvz. mitgenommen werden. In der C.-P.-O. erhalten wir hierüber keine Aufschlüsse, da ihre Bestimmungen in dieser Richtung sehr dürftig sind, vielmehr werden dieselben dem materiellen bürgerlichen Rechte zu entnehmen sein. Je nachdem man die Möglichkeit eines civilrechtlichen Verhältnisses zwischen Gvz. und Gläubiger zugiebt oder leugnet, wird der Ausfall der hier vorzunehmenden Untersuchung verschieden sein.

Drei verschiedene Auffassungen unserer Frage sind möglich, je nachdem man einer der drei bei der Zwangsvollstreckung beteiligten Personen den Besitz der Pfandsachen zuschreibt. Bei Annahme eines Mandates ist, um zunächst kurz einen Überblick zu gewähren, entweder zu folgern, daß der als Vertreter des Gläubigers handelnde Gvz. jenem den abgeleiteten juristischen Besitz eines Pfandgläubigers erwirbt oder, wenn man ein Mandat zur Vornahme einer sogen. mittelbaren Stellvertretung annimmt, daß der Gvz. selbst Besitzer der Pfandsachen wird. Bei Leugnung des Mandates kann man entweder annehmen, daß der Gvz. sich selbst juristischen Besitz sei es als Sequester oder anderswie erwirbt, oder aber, daß er die Sachen in seine amtliche custodia nimmt, die selbst öffentlich-rechtlicher Natur ist und daher die Privatrechtsverhältnisse und somit auch den Besitz der Beteiligten nicht berührt.

Kahn, selbst Mandatstheoretiker, meint,[1]) der Widerstreit der Mandats- und Amtstheorie sei für die Frage nach dem Besitzverhältnissen gleichgültig. Auch vom Standpunkte der Amtstheorie aus sei man „in keiner Weise behindert anzunehmen, daß der Gvz. dem Gläubiger durch seine Amtshandlungen Civilrechte insbesondere Besitz an der gepfändeten Sache erwerbe. Wäre man es, so fiele damit die Theorie von selbst; denn daß er dem Gläubiger das Pfandrecht erwirbt, steht ja außer allem Zweifel (§ 709.)“ Das ist nur zum Teil richtig. Daß der Gvz. durch seine Amtshandlungen dem Gläubiger Privatrechte erwirbt, ist auch vom Standpunkte der Amtstheorie aus nicht zu bezweifeln.[2]) Aber der Gläubiger erlangt,

---

[1]) a. a. O. S. 431 f.

[2]) Ebenso Westerburg, a. a. O. S. 877.

wenn man den Gvz., wie es die Amtstheorie tut, nicht als seinen Vertreter auffaßt, durch die Handlungen desselben unmittelbar nur die Rechte, die die C.=P.=O. ausdrücklich nennt, und so auch das Pfandrecht.

Die einzige Unterlage des Erwerbs irgend welcher Rechte seitens des Gläubigers durch Handlungen des ihm als neutraler Dritter gegenüberstehenden Gvz. ist vom Boden der Amtstheorie aus lediglich die positive Bestimmung des Gesetzes selbst. Daß der Gläubiger mit dem Pfandrecht auch persönlich den Pfandbesitz erlangt, ist in der C.=P.=O. nicht gesagt. Der Besitz ist ja für das gemeinrechtliche Pfandrecht auch gar nicht wesentliches Erfordernis. Er würde also lediglich dem Gvz. zufallen können, vorausgesetzt, daß man annimmt, er werde dem Schuldner in jedem Falle entzogen. Von einem Faustpfande ist somit bei den Vertretern der Gegenpartei nicht die Rede. Im Gegenteil wird dort betont, daß die C.=P.=O. dem Gläubiger im Verhältnis zu andern Gläubigern dieselben Rechte wie aus einem durch Vertrag erworbenen Faustpfande gewähre (§ 709 Abs. 2), woraus hervorgehe, daß das Pfändungspfandrecht mit dem Faustpfandrecht nicht identisch sei.

Planck[1]) führt aus, daß das Zwangsvollstreckungsorgan (er unterscheidet hier nicht zwischen Gericht und Gvz.) im Interesse des Gläubigers und als sein amtlicher Vertreter handelt, nicht aber als sein beauftragter Vertreter. Der Besitz, den der Gvz. nach der C.=P.=O. bei der Pfändung erlange, sei nicht juristischer Besitz, auch nicht abgeleiteter juristischer Besitz, er ist also, (das ergiebt sich aus dem von Planck Gesagten) Detention. Daher bleibe der Schuldner juristischer Besitzer, woraus sich ergebe, daß der Gvz. für ihn detiniere, ähnlich wie wenn der Vormund die Sachen des Entmündigten in Besitz nehme.

Für die Zwangsvollstreckung im ganzen sieht Planck also den Gvz. als den amtlichen, d. h. öffentlich=rechtlichen, und mittelbaren Vertreter des Gläubigers an, die Detention der Pfandsachen aber erfolgt nach ihm, wenn zwar natürlich auch kraft des Amtes, so

---

[1]) Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts II 2 S. 721 f.

doch, wie das Beispiel des Vormundes ergiebt, gemäß dem Privatrechte und in unmittelbarer Vertretung des Schuldners. Recht konsequent ist das wohl nicht, und außerdem muß man fragen, was denn von der Detention des Gvz. übrig bleibt, wenn er die Sachen im Gewahrsam des Schuldners zurückläßt. Man kann nur antworten: gar nichts. Aus dem folgenden Paragraph (vgl. die Inhaltsübersicht) wird sich ergeben, daß dies ein gänzlich unbefriedigendes Resultat ist, und damit fallen auch die anderen Ergebnisse Plancks.

Auf dasselbe Resultat kommt schließlich das bei Förster-Eccius[1]) Gesagte: „Was hier Besitz genannt ist, läßt sich nur als ein der Sequestration ähnlicher obrigkeitlicher Gewahrsam auffassen, ein Innehaben im Interesse des Gläubigers und Schuldners, durch welches der Besitz des letzteren nicht aufgehoben oder unterbrochen wird." Doch wird die ganze Frage als „sehr zweifelhaft" bezeichnet. Jedenfals nehmen beide Schriftsteller an, daß der Schuldner den juristischen Besitz behält, bei Planck detiniert der Gvz. für den Schuldner, bei Förster-Eccius nimmt er kraft seines Amtes eine Stellung über den Parteien ein, und der Schuldner „besitzt" gleichfalls weiter.

Was bei Förster-Eccius nur angedeutet ist, führt in mehreren Auffätzen Voß[2]) näher aus, der ebenfalls das Rechtsverhältnis zwischen Gvz. und Gläubiger lediglich nach öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten beurteilt wissen will. „Ob man das Verhältnis, in welches der Vollstreckungsbeamte durch die amtliche Ergreifung zu der Sache tritt, Detention, Kustodia oder Besitz nennt, ob der Gewahrsam des bisherigen Inhaber bleibt oder nicht, ist für das Wesentliche gleichgütig. Denn es handelt sich nicht um ein privatrechtliches Detentions-, Verwahrungs- oder Besitzverhältnis, sondern um ein solches, welches unter der Herrschaft des öffentlichen Rechts steht."[3]) Auf Grund hiervon legt Voß in ausführ-

---

[1]) a. a. O. Bd. III. § 155 S. 22.

[2]) Einspruch Dritter in der Exekutionsinstanz. Bei Gruchot 23, 232 ff. Ders., Conditio possesstonis und Vollstreckungspfändung. Im civ. Arch. 66, 160 ff.

[3]) Bei Gruchot, 23, 245.

licher Beweisführung dar, daß der „Besitz" des Gvz. von dem sonstigen Besitz des materiellen Rechts so wesentlich verschieden sei, daß nur übrig bliebe, ihn für einen von der C.-P.-O. neu begründeten, neben den Besitz des Civilrechts zu stellenden anzusehen, so daß beide nebeneinander fortbestehen und der Prozeßbesitz des Gvz. keinen Einfluß auf das Weiterbestehen der aus dem Civilbesitz fließenden rechtlichen Verhältnisse ausüben könne.

Ebenso setzt Fischer[1]) den Besitz des Gvz. gleich „amtlicher Verwahrung." Bei Krech-Fischer[2]) ist näher ausgeführt, daß der Gvz. auf Grund der Pfändung Besitz erlange, nicht als Stellvertreter, auch nicht wie der durch Sequestrationsvertrag bestellte Sequester auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages, sondern kraft seiner amtlichen Stellung.

Während aber Planck durchweg und Förster-Eccius an einer Stelle[3]) den Gvz. (bezw. den vollstreckenden Staat) als Vertreter des Gläubigers auffassen, weist Voß dies energisch zurück, da er privatrechtliche Gesichtspunkte in die Lehre von der Vollstreckung überhaupt nicht hineingenommen wissen will. Es ist indessen zu erwägen, daß der Begriff „Vertretung" nicht lediglich dem Privatrecht angehört. Den Gvz. aber, wenn man seine privatrechtliche Vertretungsbefugnis auch leugnet, doch als öffentlich-rechtlichen Vertreter des Gläubigers anzusehen, dieser Anschauung dürfte keinesfalls etwas im Wege stehen. Auch Förster-Eccius können nach ihrer sonstigen Stellungnahme a. a. O. das Wort „Vertretung" nur in dem letzteren Sinne meinen. Diese „Vertretung" wird dann aber zu einer bloßen Interessenvertretung, sie ist kein privatrechtliches Handeln anstelle und mit Wirkung für den Vertretenen. Bemerkenswerte privatrechtliche Folgen sind an diese Art der Vertretung nicht geknüpft.

Schließlich ist noch zu erwähnen, daß Nessel[4]) anscheinend der Ansicht ist, daß der Gvz. durch den Pfändungsakt sich selbst

---

[1]) Preuß. Privatrecht S. 755.

[2]) Zwangsvollstreckung ins unbewegliche Vermögen S. 604.

[3]) a. a. O. III. S. 21 letzte Zeile.

[4]) a. a. O. S. 101 ff.

den juristischen Besitz des Civilrechts erwerbe. Indessen gehen in seinen Ausführungen die Worte „Besitz“ und „Gewahrsam“ durcheinander, sodaß man volle Klarheit über seine Anschauungen nicht erhält.

Wenn wir nun die gegnerischen Darlegungen im ganzen überblicken, so erscheint uns die von Voß a. a. O. näher begründete Theorie der amtlichen Kustodia des Gvz. als die folgerichtigste Durchführung der Anschauung, die den Gvz. den Parteien ausschließlich als Beamten gegenüberstellt. Voß kommt jedoch auf Grund davon weiterhin zu Resultaten, die, wie Westerburg[1]) zutreffend sagt, mit dem „einfachen, hausbackenen juristischen common sense nicht in Einklang zu bringen sein werden.“ Voß zerlegt nämlich die Befugnisse des Besitzers in eine Anzahl verschiedener Funktionen, deren er nach der Pfändung einzelne durch den Gvz., einzelne weiter durch den Schuldner ausüben läßt, so daß eine ganz merkwürdige Art von compossessio in solidum herauskommt. Jedoch läßt sich auch die Ansicht von Nessel und Krech-Fischer wohl verteidigen, wenn man annimmt, daß nach gemeinem Recht der Sequester (diesem wäre dann der Gvz. wenn auch nicht gleichzustellen, worauf Krech-Fischer richtig hinweisen, so doch mutatis mutandis zu vergleichen) juristischen Besitz hat, während Planck, der der Mandatstheorie wesentlich näher steht, als die anderen, dadurch, daß er den Gvz. als Vertreter des Gläubigers auffaßt, aber dennoch ein Auftragsverhältnis nicht annimmt, zu einem Resultate kommt, daß zwischen den beiden Theorien steht und daher weder von der einen noch von der anderen Seite gebilligt werden kann, wie die oben dargelegten, aus seinen Behauptungen zu ziehenden Consequenzen zur Genüge ergeben (vg. oben S. 23.)

Dagegen herrscht unter den Anhängern der Mandatstheorie Einigkeit darüber, daß durch die nur im Interesse des Gläubigers erfolgende Besitzergreifung durch den Gvz. in jedem Fall in den Besitzverhältnissen an der Sache eine Änderung eintritt, und zwar immer auch dann, wenn die Sachen im Gewahrsam des Schuldners

---

[1]) a. a. O. S. 870)

zurückgelassen werden. Da nach dem Wortlaut der C.-P.-O. die Zwangsvollstreckung im Auftrage des Gläubigers erfolgt (§ 674) und zwar durch Pfändung (§ 708) und die Pfändung dadurch bewirkt wird, daß der Gvz. die Sachen in Besitz nimmt (§ 712), so unterliegt es keinem Zweifel, daß von dem hier festgehaltenen Standpunkte der Mandatstheorie aus auch die Besitzergreifung durch den Auftrag des Gläubigers gedeckt wird, dessen Inhalt nicht der Festsetzung durch Privatwillkür im einzelnen Falle überlassen sondern vom Gesetze für alle Fälle geregelt ist, ohne daß dadurch an der Natur des Rechtsverhältnisses als eines privatrechtlichen Vertrages etwas geändert wird. Der Auftrag ist die innere Seite des Rechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Gvz., nach außen tritt der letztere als Bevollmächtigter des Gläubigers auf, und wie der Auftrag so deckt auch die Vollmacht mit der Pfändung die Besitzergreifung. Wenn aber jemand in Vollmacht eines anderen erkennbar als sein Vertreter handelt (das tut der im Besitze der vollstreckbaren Ausfertigung befindliche Gvz.), so treten die Rechtswirkungen der Handlungen des Vertreters nicht in seiner Person, sondern in der des Vertretenen ein, ohne daß es einer besonderen Übertragung der vom Vertreter erworbenen Rechte und Pflichten bedarf. Dies ist gewohnheitsmäßig im gemeinen im Gegensatz zum römischen Recht, das freie Stellvertretung nur in einzelnen Ausnahmsfällen gestattete, allgemein zulässig geworden und daher auch hier für die Erlangung des Besitzes anzuwenden. Dagegen wendet die Entscheidung der vereinigten Senate[1]) ein: „In der C.-P.-O. ist bestimmt, in welchem Umfange der Gvz. durch den Auftrag der Partei zu deren Vertretung legitimiert wird, darüber hinaus hat er eine Vertretungsbefugniskraft des Gesetzes nicht.“ Und ebenso bezeichnet es eine andere Entscheidung des Reichsgerichts[2]) „für zweifelhaft, ob der Auftraggeber eines Gvz. überhaupt als Besitzer der von dem letzteren gepfändeten Sachen angesehen werden kann,“ allerdings ohne Gründe für diesen Zweifel anzuführen.

---

[1]) R. G. 16, 406.

[2]) Bei Gruchot 30, 1170.

Das Reichsgericht nimmt danach nicht an, daß der Gvz. dem Gläubiger den Pfandbesitz erwirbt und will also den oben allgemein ausgesprochenen Grundsatz, daß die Pfändung in Vertretung des Gläubigers erfolgt, in dieser angegebenen Richtung beschränkt wissen. Das Reichsgericht steht mit dieser Ansicht nicht auf dem Boden einer reinen Mandatstheorie. Vom Standpunkte der Amtstheorie, aber auch nur von diesem aus, sind die §§ 675, 676 C.-P.-O. allerdings dahin auszulegen, daß der Gvz. nur in Ansehung der dort genannten Rechtshandlungen als Vertreter des Gläubigers gilt. Sie sind aber (vgl. o. S. 23) für den Amtstheoretiker Ausnahmebestimmungen, die dem Beamten gewisse ihm sonst nicht zukommende privatrechtliche Stellvertretungsfunktionen beilegen. Gilt aber der Gvz. für den ganzen Kreis seiner Amtstätigkeit prinzipiell als Vertreter des Gläubigers, so mußten diese Paragraphen lediglich deshalb von der C.-P.-O. besonders hervorgehoben werden, weil sie civilrechtliche Nebenhandlungen betreffen, die an sich in dem allgemeinen Auftrag zur Zwangsvollstreckung noch nicht enthalten sind. Sie sind demselben aber inhaltlich so nahestehend, daß das Gesetz sie für ein notwendiges Zubehör desselben erklärt hat. Es sind Fälle, welche nicht vom Gläubiger rechtswirksam gegen Dritte ausgeschlossen werden können. Mangels dieser positiven Bestimmungen wäre der Gvz. nicht legitimirt zum Empfange von Zahlungen oder sonstigen Leistungen, zur Quittungsleistung mit Wirkung für den Gläubiger und zur Auslieferung der vollstreckbaren Ausfertigung an den Schuldner, nachdem dieser seiner Verbindlichkeit genügt hat. Dabei ist zu beachten, daß die C.-P.-O. auch noch in der revidierten Fassung die Worte „Auftrag" und „Vollmacht", die jetzt vom B. G. B. genau auseinander gehalten werden, vermengt. Vertreter des Gläubigers ist der Gvz. aber nicht nur hinsichtlich dieser Handlungen, sondern für die Zwangsvollstreckung und alle einzelnen Handlungen derselben. So wenigstens ist die herrschende Ansicht innerhalb der Mandatstheorie, nicht angenommen ist sie dagegen vor allem vom Reichsgericht. Auch unter den Amtstheoretikern fehlt es natürlich nicht an solchen, die behaupten, auch vom Standpunkte der Mandatstheorie bestehe ein Besitz des Gläubigers nicht, Auf-

trag und Vollmacht gingen, wenn vorhanden, auf Pfändung, nicht auf Inbesitznahme für den Gläubiger, der Gläubiger wolle garnicht Besitzer sein.[1])

Man darf nicht einwenden: gerade dadurch, daß die Zwangsvollstreckung nicht durch den Privaten vollzogen wird, sondern einem besonderen staatlichen Organe übertragen ist, ist zu erkennen gegeben, daß der Gläubiger selbst die Pfandsachen nicht in die Hand bekommen, also an ihnen keinen Besitz erwerben dürfe. Die persönliche körperliche Herrschaft, d. h. den Gewahrsam darf er allerdings nicht ausüben, dieser ist vielmehr dem staatlich bestellten Vertreter übertragen; die nicht auf rein Tatsächlichem beruhende Rechtsposition des Besitzers kann er aber sehr wohl einnehmen. Denn es erscheint unbedenklich, da die Besitzausübung durch Stellvertreter allgemein zugelassen ist,[2]) auch dem die Rechtsstellung eines Besitzers zuzuerkennen, dem allerdings selbst durch das Gesetz eine direkte körperliche Gewalt über die Sache auszuüben verboten ist, in dessen Vertretung und ausschließlichem Interesse aber die Detention durch einen anderen ausgeübt wird.

Aus der Bestimmung, daß der Gläubiger durch die Pfändung ein Pfandrecht erwirbt, ist präsumptiv zu folgern, daß er völlig in die einem Pfandgläubiger vom materiellen Rechte gegebene Rechtsstellung eintritt. In einer Hinsicht, nämlich im Verhältnis zu den übrigen Pfandgläubigern, bestimmt § 709 ausdrücklich, daß der Gläubiger dieselben Rechte hat wie aus einem durch Vertrag erworbenen Faustpfandrechte. Aber auch im Verhältnis zum Schuldner und sonstigen Dritten muß er die Stellung eines Faustpfandgläubigers haben, soweit nicht ausdrückliche Bestimmungen dem entgegenstehen. Daß er an den Pfandsachen nicht nur eine Hypothek hat, geht daraus hervor, daß dem Schuldner in jedem Falle der Besitz derselben entzogen und auf einen im Interesse des Gläubigers handelnden Dritten (den Gvz.) übertragen wird. Sollte der Gläubiger

[1]) Nessel, Pfändungspfandrecht S. 11, Rehbein, Entscheidung des Obertribunals I 675, Voß in der Zeitschrift für Gvz. 1898, 123.

[2]) l. 1 C. de adq. et ret. poss. 7,32; l. 53 D. de a. r. d. 41,1. Dernburg, Pandekten I S. 409 § 180.

also nicht Faustpfandgläubiger mit Pfandbesitz werden, so ergäbe sich daraus die Konsequenz, daß er das Pfandrecht, der Gvz. aber den Pfandbesitz hätte, eine Folge, die nur möglich ist, wenn der Gvz. nur als über den Parteien handelnder Beamter angesehen wird, nicht dagegen, wenn er Vertreter des Gläubigers ist. Es bleibt also nur übrig, dem Gläubiger persönlich den Pfandbesitz einzuräumen, und wir erhalten auch so das Resultat, das sich auf anderem Wege schon oben ergab.

Wenn man will, kann man ja mit Westerburg[1]) dieses Pfandrecht vom konventionellen Faustpfandrechte deswegen unterscheiden, weil bei jenem der Besitz nie durch den Gläubiger persönlich ausgeübt werden kann. Aber einen sachlichen Unterschied ergiebt diese Differenzierung nicht, da ein Faustpfand immer dann vorliegt, wenn der Besitz vom Schuldner auf den Gläubiger übergegangen ist. Ob der Letztere ihn persönlich ausübt, ist dagegen für das Faustpfand gleichgültig. Es steht also nichts im Wege, das Pfändungspfandrecht als echtes Faustpfandrecht zu bezeichnen, da alle wesentlichen Merkmale desselben auch hier gegeben sind.

Voß[2]) meint, wenn man dem Gläubiger oder Gvz. Besitz zuerkennen will, so könne dies höchstens abgeleiteter Besitz sein. Ein solcher aber finde sich stets nur als Folge von „Besitzgeschäften, so daß zur Begründung abgeleiteten Besitzes alle Besitzverletzungen ausscheiden." Allerdings beruhen die im römischen Recht vorkommenden Fälle des abgeleiteten Besitzes ihrem Ursprunge nach durchweg auf Rechtsgeschäft und somit auch der abgeleitete juristische Besitz des Faustpfandgläubigers. Aber das ist nur eine tatsächliche Erscheinung, deren Grund nicht in der Theorie des abgeleiteten Besitzes zu finden ist, sondern darin, daß es eben im römischen und auch im gemeinen Recht vor der C.-P.-O. andere Faustpfänder als durch Vertrag begründete nicht gab. Eine Regel, daß der abgeleitete Besitz auf solchem beruhen müsse, besteht nicht, wohl aber eine solche des Inhalts, daß der Faustpfandgläubiger stets juristischer Besitzer sei, und seitdem die C.-P.-O. ein Faustpfandrecht geschaffen

[1]) a. a. O. S. 878. Anm. 9.

[2]) Im civ. Arch. 66. S. 186.

hat, welches nur durch eine „Besitzverletzung"[1]) entsteht, ist auch ein abgeleiteter juristischer Besitz geschaffen ohne Vertrag. Der originäre Besitz scheidet deswegen aus, weil dem Schuldner als bisherigem Besitzer sonst die Möglichkeit genommen wäre, die **Usukapion fortzusetzen.**

Der Besitz des Gvz. ist also im Falle des Abs. 1 § 712 a. C.-P.-O. Detention für den Gläubiger, den juristischen Besitzer.

§ 4.

II. Im Falle des Abs. 2. § 712.

Wenden wir uns nunmehr dem Falle zu, daß die gepfändeten Sachen im Gewahrsam des Schuldners zurückgelassen werden. Schon oben[2]) ist erwähnt worden, daß das nicht eine Rückübertragung des ursprünglich vom Gläubiger ergriffenen Gewahrsams ist, wenn die Besitzergreifung direkt durch Siegelung oder etwas Ähnliches erfolgt ist, da der Gvz. seine Absicht, die Sachen nicht in seinen eigenen Gewahrsam zu übernehmen, schon bei der Besitzergreifung zu erkennen gegeben hat. Den Besitz aber giebt er mit der Zurücklassung der Sachen nicht wieder auf, denn er ist auch weiterhin in der Lage, die tatsächliche Gewalt auszuüben, steht es ihm doch jederzeit frei, die Sachen dem Schuldner nachträglich zu entziehen, während die Gewalt des letzteren eine höchst beschränkte ist. Es ist schon berührt worden, daß die tatsächliche Gewalt des Besitzers verbunden mit rechtlichen Bestandteilen, daß sie ein sozialer Gewaltbegriff ist. Und diese von der Gesellschaft anerkannte Gewalt behält der Gvz. weiterhin. Sie ist jedermann erkenntlich durch die Pfändungszeichen und in ihrer Durchführung gesichert durch das Strafgesetz.[3]) Dem Gewahrsam des Schuldners kommt von jetzt an keine weitere Bedeutung zu als etwa dem des Dienstboten im Haushalt des Herrn. Nessel[4]) der als Vertreter der Amtstheorie

---

[1]) Dieses unschöne Wort gebraucht Voß a. a. O.

[2]) S. 21.

[3]) Strafgesetzbuch § 137.

[4]) a. a. O. S. 83.

eine amtliche Detention des Gvz. annimmt, schreibt, auch für unseren Standpunkt zutreffend: „Der Schuldner übernimmt in diesem Falle . . . . nur die Verpflichtung zur Beaufsichtigung der kenntlich gemachten Pfandstücke, dadurch, daß er sich mit der Abstandnahme von der Fortschaffung einverstanden erklärt.“

Er fährt sodann fort: „Da der Gvz. nach den gedachten Motiven die erfolgte körperliche Besitzergreifung durch Zeichen in diesem Falle fortgesetzt erkennbar machen muß, so ist direkt anzunehmen, daß der Ausdruck „Gewahrsam“ in Abs. 2 § 712 nur in dem vorerörterten eingeschränkten Sinne einer bloßen Beaufsichtigung und nicht in dem der vollen Detention gebraucht ist, welche Bedeutung er zweifellos im Abs. 1 des § 1 712 hat.“

Dasselbe Resultat erhält man aus den Folgerungen von Planck, wenn man nicht die Beziehungen des Gvz. zur Sache durch deren Zurücklassung für völlig abgebrochen erklären will[1]. Eine solche Annahme kann wohl nur als äußerster Notbehelf gelten, da nicht anzunehmen ist, daß die C.-P.-O. mit dem Gebrauch eines Wortes in ein und demselben Paragraph so inkonsequent ist, wie Nessel hier annimmt. Und das sollte auch bei der Revision im Jahre 1898 nicht entdeckt und verbessert worden sein! Natürlich ist „Gewahrsam“ im § 712 beidemal im Sinne von Detention gebraucht. Denn sonst bekämen wir gar drei verschiedene Erscheinungsformen des körperlichen Verhältnisses einer Person zur Sache: Verpflichtung zur Aufsicht, „volle“ Detention und Besitz. Das ist aber eine Subtilität, die ersten beiden Begriffe fallen in einander[2]. Eine ähnliche Vermengung der Ausdrücke schiebt auch Rehbein[3]) dem § 712 C.-P.-O. unter. Er weist darauf hin, daß es vor der C.-P.-O. unbedenklich war, daß die Abpfändung beweglicher Sachen Besitz für den Gläubiger nicht schaffte, dieselben vielmehr aus der Gewahrsam des Schuldners in die des Exekutors übergingen, der sie kraft öffentlicher Autorität für den Schuldner im Interesse des Gläubigers detinierte“. Nun meint er, daß durch

---

[1]) Vgl. oben S. 24.

[2]) Gegen Nessel auch Falkmann a. a. O. 183, Struckmann-Koch, § 808, 2.

[3]) a. a. O. I, S. 675 f., ebenso Bunsen, Zwangsvollstr. S. 152.

die C.=P.=O. daran nichts geändert sei, vielmehr grade aus § 712, der Besitz und Gewahrsam nebeneinander gebrauche, hervorgehe, daß dieselben ein Gleiches bedeuten und daß also „der Besitz“ des Gvz. im Falle des Abs. 1 rechtlich nichts anderes sei, als der „Gewahrsam“ des Schuldners im Falle des Abs. 2.

Dieser Auffassung widerspricht aber außer der sprachlich sehr genauen Redaktion, die die Reichsgesetze durchweg aufweisen, und außer dem Umstande, daß, wie schon betont, die Rechtsverhältnisse des Gvz. von denen der anderen Beamten und so auch des früheren Exekutors durchaus abweichen, auch noch folgende Ergänzung: Wenn alsdann im Falle des Abs. 2 überhaupt eine Besitzergreifung stattfände, so würde dieselbe im selben Augenblicke durch Rückübertragung des Besitzes wieder aufgehoben. Wollte man aber, um diese unmögliche Folge nicht ziehen zu müssen, annehmen, daß hier eine Ergreifung des Besitzes überhaupt nicht stattfindet, so würde in diesem Falle der Abs. 2 wohl eine andere Fassung erhalten haben, zum mindesten durch die Revision von 1898, seit der er nicht mehr eine Ausnahme, sondern den Regelfall darstellt. Das Pfandrecht käme in diesem Falle in der Form seiner Erscheinung und seiner Wirkung vollständig der gemeinrechtlichen Hypothek gleich. Das Siegel hätte nur die Bedeutung eines Verfügungsverbotes dem Schuldner und Dritten gegenüber, welches unter dem Schutze des Strafgesetzbuches steht.

Wir sehen also, daß die Amtstheorie in ihrer Anwendung auf die Frage nach dem Besitz an den gepfändeten Sachen haltbar ist nur, wenn man der C.=P.=O. eine Reihe von Redaktionsfehlern unterschiebt, wie sie in einem modernen Gesetze fast zur Unmöglichkeit gehören. Das Wort „Auftrag“ soll etwas anderes bedeuten als in der gesamten übrigen Gesetzgebung. „Gewahrsam“ soll in ein und demselben Paragraphen in zwei Fällen einen ganz verschiedenen Sinn haben oder gar gleichbedeutend mit „Besitz“ sein, zu dem es doch, wie die grammatische Interpretation des Gesetzestextes auch ohne Zuhülfenahme juristischer Kenntnis von der Bedeutung dieser Worte ergiebt, offensichtlich in Gegensatz gebracht worden ist.

Es ist aber auch in der Tat schwierig, für diesen Fall des Zurückbleibens der Sachen beim Schuldner ohne Annahme eines Mandates eine befriedigende Konstruktion der Besitzverhältnisse aufzustellen, ohne einerseits dem Wortlaut der C.-P.-O. Zwang anzutun und andererseits auf etwas praktisch Unbrauchbares zu kommen.

Von der Ansicht Plancks aus, wonach der Gvz. für den Schuldner den Besitz ergreift, bleibt ihm, wenn er die Detention aufgiebt, gar keine tatsächliche Gewalt über die Sache mehr, vielmehr nur noch kraft seines Amtes eine Gewalt über den Willen des Schuldners, dem nur die Verfügung über die Sache, soweit dies zur Befriedigung des Gläubigers notwendig ist, entzogen ist. Will man trotzdem dem Gvz. auch weiterhin die Ausübung des Besitzes für den Schuldner zuschreiben, so wäre dies nur eine rechtliche Fiktion, da alle nötigen Unterlagen hierfür fehlen: der Schuldner hätte ja sowohl juristischen Besitz als auch Detention und damit ist das tatsächliche Gewaltverhältnis erschöpft.

Wir sehen, daß zwischen dieser Ansicht und der einer amtlichen Kustodia (Förster-Eccius, Voß) auch hier im Ergebnis kein großer Unterschied besteht. Die amtliche Kustodia beschränkt sich hic ebenfalls auf eine Beaufsichtigung der Sachen, kollidiert aber mit dem Besitze gar nicht. Angesichts dieser Sachlage ist es wirklich schwer verständlich, wie der Besitzübergang vom Schuldner auf den Gvz. bezw. den Gläubiger geleugnet werden kann. Der Wortlaut der C.-P.-O. spricht klar für einen solchen Übergang in jedem Falle, und nur so ist eine konstruktive Einheitlichkeit in der Behandlung der beiden Pfändungsfälle zu erreichen, da doch als sicher anzunehmen ist, daß die C.-P.-O. durch die Trennung vnn Abs. 1 und 2 § 712 nicht eine theoretische Zweiteilung schaffen, sondern nur aus Zweckmäßigkeitsrücksichten die äußere Form der Pfändung verschieden regeln wollte.

Das positive Ergebnis unserer Untersuchung wäre also folgendes: Die körperliche Detention behält der Schuldner, der juristische Besitz ist und bleibt beim Gläubiger und wird für diesen vom Gvz. ausgeübt. Da der für einen anderen den Besitz Ausübende selbst nur Detentor ist, so liegt hier eine

zweifache Detention vor, deren eine der anderen untergeordnet ist — ein interessantes Resultat mit Rücksicht auf das Ergebnis der Entwickelung der Besitzlehre seit damals (1877) bis zu der Form, in der sie im B. G. B. erscheint. Wir sehen hier die Wahrheit der Worte Strohals[1]): „Der mittelbare Besitz ist nicht eine willkürliche Erfindung des B. G. B. sondern ein notwendiges Ergebnis der Entwickelung, welche der Besitzbegriff im modernen Recht gefunden hat.“ —

Übrigens kann dieser Fall der mehrfachen Detention auch sonst vorkommen, so etwa wenn in Rom der Prokurator (Generalbevollmächtigte) ein Grundstück seines Herrn vermietet oder verpachtet hatte. Wenn die Stellung des Prokurators eine selbständigere ist (was die Regel war), z. B. wegen räumlicher Entfernung des Herrn, so besitzt er für den Herrn, d. h. ist selbst Detentor, und ebenso ist der Mieter, Detentor.

Der Inhalt des „Besitzes“ des Gvz. ist auch für uns amtliche Obhut über die Sache. Hierin liegt also der Gegensatz zur Amtstheorie nicht, da, gleichgültig welchen Standpunkt man vertritt, der Gvz. in Ansehung der Sachen tatsächlich dieselben Funktionen der Beaufsichtigung ev. der Entziehung aus der Detention des Schuldners hat. Wir betrachten aber die amtliche Kustodia nicht als einen besonderen juristischen Begriff, als eine Spezies des Gattungsbegriffes „Besitz“, der civilrechtliche und öffentlich-rechtliche Arten neben einander enthält, sondern dieselbe ist der tatsächliche Inhalt des juristischen Begriffes „Stellvertretung im Besitze“ in dem vorliegenden konkreten Falle.

Ein Verwahrungsvertrag zwischen Gvz. und Schuldner liegt nicht vor. Die Zurücklassungsfälle sind nach der alten Fassung (nur von dieser ist hier die Rede) nur Einwilligung des Gläubigers und erhebliche Schwierigkeiten eines anderen Verfahrens. Die Zulässigkeit bei Einwilligung des Gläubigers ist nur im Interesse des Schuldners statuiert, wird also, wenn der Schuldner die Sachen selbst nicht behalten will und dadurch kein Interesse daran zu haben bekundet, nicht in Frage kommen. Umgekehrt dient der zweite Fall

[1]) Sachbesitz, S. 17.

dem Interesse des Gläubigers, um durch das Entstehen hoher Transport- oder Lagerkosten eine Gefährdung der Befriedigung aus dem Gegenstande zu verhüten, und das muß auch gegen den Willen des Schuldners durchdringen, womit sich die Unmöglichkeit eines Verwahrungsvertrages ergiebt. Die Vorschrift des Abs. 2 ist eben dem Schuldner gegenüber zwingend, legt ihm die öffentlich-rechtliche Pflicht der Wahrung der Pfandsachen auf. Ein anderes ist es ja, daß der Gvz., falls er aus der Weigerung des Schuldners eine Gefährdung der Befriedigung des Gläubigers folgert, diesem gegenüber verpflichtet ist, anderweit für die Durchführung der Vollstreckung Sorge zu tragen, sei es durch Wegschaffung oder Bestellung eines Hüters oder auf andere Weise.

§ 5.

III. Im Falle der §§ 713, 714 und 727.

Wird nach § 713 eine im Gewahrsam des Gläubigers befindliche Sache des Schuldners gepfändet, welche der Gläubiger bisher nur zu Detention besaß, so verwandelt sich nach gemeinem Rechte die Detention durch die Pfändung in juristischen Besitz. Hatte er schon vorher abgeleiteten Besitz z. B. als Emphyteuta, so tritt darin keine Änderung ein. Solche Sachen werden durchweg auch nach der Pfändung im Gewahrsam des Gläubigers bleiben. In diesem Falle scheidet der Gvz. bei der Frage nach dem Besitz zunächst völlig aus. Wenn der Gläubiger aber zur Weiterführung der Vollstreckung (z. B. zur Vorlegung im Versteigerungstermine) die Sachen dem Gvz. wieder übergiebt, so ist die Rechtslage wie im vorigen Paragraphen. Wer mit Nessel das Wort „Gewahrsam" in Abs. 2 § 712 nur als Beaufsichtigungspflicht ohne Detention erklärt, dem muß sich hier ein eigentümliches Ineinandergreifen von Detention und Besitz ergeben: der Gläubiger hat juristischen Besitz, dieser wird aber ausgeübt durch den Gvz. als seinen Stellvertreter, der aber wiederum aus dieser nur ihm allein zu eigenem Rechte zustehenden Ausübung des Besitzes die Beaufsichtigung der Sache ausgeschieden und dem durch ihn vertretenen Gläubiger übertragen

hat. Es ist jedoch anzunehmen, daß die C.-P.-O., wenn sie nach der Pfändung eine eigene Detention der Pfandsachen durch den als juristischen Besitzer betrachteten Gläubiger ausnahmslos für unzulässig erklären wollte, (also ebenso, wie wenn beim Schuldner gepfändet wird) bestimmt haben würde, daß beim Gläubiger gepfändete Sachen stets vom Gvz. in eigenen Gewahrsam zu nehmen seien. Durch Nichtaufstellung dieses Satzes giebt sie zu erkennen, daß sie der eigenen Detention des Gläubigers ein prinzipielles Hindernis nicht in den Weg legt. Ist aber nunmehr der Gläubiger sowohl juristischer Besitzer als Detentor, so bleibt für eine tatsächliche Gewalt des Gvz. nichts mehr übrig. Im Falle des § 712 war eine Detention auch des Gvz. anzunehmen, da der Gläubiger nur durch ihn auf die Sachen einwirken konnte. Hier dagegen ist eine solche überflüssig, da die tatsächliche Gewalt vom Gläubiger persönlich ausgeübt wird. Es ist hieraus zu schließen, daß die Pfändung nicht durch eine — sofort doch wieder rückgängig zu machende — Besitzergreifung erfolgt sondern nur durch die Erklärung des Gvz. und Kenntlichmachung der gepfändeten Sachen. Diese Folge widerspricht dem Gesetz nicht, da im Falle des § 713 die Vorschriften von § 712 „entsprechend" anzuwenden sind, also insoweit modifiziert, als es die veränderte Sachlage erfordert. Diese Modifikation besteht im Vorliegenden eben darin, daß die Besitzergreifung, die zu einer Formalität ohne rechtlichen Wert herabsinken würde, wegfällt.

Auch im Falle des § 714 (Pfändung von Früchten auf dem Halme) wird die Belassung im Gewahrsam des Schuldners das regelmäßige sein. Im eigenen Gewahrsam des Gvz. blieben die Früchte nur dann, wenn derselbe einen Hüter bestellt, der dem Schuldner den Zutritt zu verwehren hätte. Ist nur eine Tafel an dem Felde aufgestellt, die von der Pfändung Kenntnis giebt, so sind die Früchte im Gewahrsam des Schuldners geblieben. Den Besitz hat dagegen in jedem Falle der Gvz. für den Gläubiger erworben. Es fragt sich nur, was er hier eigentlich besitzt und woran das Pfandrecht besteht Mandry (in seinen früheren Auflagen) hat behauptet, daß, da ein Recht an ungetrennten Bestandteilen einer Sache im gemeinen Recht unmöglich ist (anders im A. L. R.

und im code civil) das Pfandrecht erst mit der Trennung der Früchte zur Entstehung gelange, da man andererseits auch nicht annehmen könne, daß der Gläubiger wegen der Forderung an den Schuldner ein Pfandrecht an dem im Eigentume eines Dritten stehenden Grundstücke erlangen könne. Der Besitz aber gehe schon mit der Pfändung auf den Gvz. über und zwar da nach gemeinem Recht Teilbesitz ebenfalls unzulässig ist, der Besitz des Grund und Bodens, worauf die Früchte stehen. In diesem Falle würde sich für die verschiedenen Rechtsgebiete Deutschlands eine große Verschiedenheit in Ausführung des § 714 ergeben. Das Richtige ist, daß durch die C.-P.-O. eine materiell rechtliche Ausnahme vom gemeinen Recht begründet worden ist[1]) in der Weise, daß die Früchte für die Zwecke der Mobilarzwangsvollstreckung als selbständige bewegliche Sachen gelten. Das Grundstück bleibt also nach wie vor im Besitze seines vorigen Besitzers, die Früchte dagegen treten in den Besitz des Gvz. als des Vertreters des Gläubigers, der Gvz. kann den Besitz selbst ausüben oder die Detention dem Schuldner belassen. Abweichend läßt Mandry-Geib[2]) Pfandrecht und Besitz nicht nur an den Früchten sondern am ganzen Grundstück entstehen, „für die Rechtsgebiete, nach deren Recht hängende und stehende Früchte als Bestandteile der fruchttragenden Immobilie Immobiliarqualität an sich tragen."

Wenn nach § 727 für einen zweiten Gläubiger eine Anschlußpfändung erfolgt, so geschieht dies nur durch eine zu protokollierende Pfändungserklärung ohne Besitzergreifung. Der Auftrag des zweiten Gläubigers und damit auch dessen Vollmacht geht, wenn verschiedene Gvz. bei den einzelnen Pfändungen beteiligt sind, nach § 728 C.-P.-O. kraft Gesetzes auf den ersten Gvz. über. Jetzt ist dieser also ebenfalls kraft Mandates verpflichtet, für den zweiten Gläubiger zu vollstrecken. Seine Zustimmung zum Abschluß des Mandatsvertrages ist hier gesetzlich für unwesentlich erklärt. War der Vertrag mit dem ersten Gvz. abgeschlossen, so tritt der zweite ohne oder auch gegen seinen Willen in denselben ein. Eine Parteivereinbarung

---

[1]) Ebenso Struckmann-Koch § 714 Anm. 2, Wilmowski-Levy, § 714 Anm. 1 Abs. 3, Rg. 18, 367.

[2]) Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze S. 393.

findet in dieser Hinsicht weder statt noch braucht sie fingiert zu werden, sie wird durch die positive Bestimmung des Gesetzes ersetzt. Der eine Gvz. ist nun verpflichtet, für beide Gläubiger zu besitzen, denen Mitbesitz nach ideellen Teilen zusteht. Verletzt nicht dadurch aber der Gvz. seine Pflicht als Mandatar des ersten Gläubigers, dem er doch verpflichtet ist, die Sache zu besitzen, d. h. ganz zu besitzen? Und ist es nicht eine eigenmächtige Besitzentsetzung des ersten Gläubigers durch den zweiten, wenn auch nur pro parte? Keineswegs, denn wir halten an dem festgestellten Inhalte des Vollstreckungsauftrages fest: dieser geht nur dahin, die Vollstreckung in der gesetzlich bestimmten Weise auszuführen, nicht aber, die einzelnen, von der C.-P.-O. aufgeführten Vollstreckungshandlungen der Reihe nach auszuführen. Der erste Gläubiger ist also nicht berechtigt zu verlangen, der Gvz. müsse für ihn allein besitzen, seinem Auftrage ist Genüge getan, wenn der Gvz. so für ihn besitzt, wie es das Gesetz vorschreibt und wie es für die Vollstreckung genügt. Und darum ist es auch keine im Namen des zweiten Gläubigers durch den Gvz. dem ersten Gläubiger seinen Besitz pro parte entzieht. Denn er hat die Besitzübertragung vorgenommen als bevollmächtigter Stellvertreter zugleich des ersten und zweiten Gläubigers, hat also mit sich selbst kontrahiert. Nach gemeinem Recht war dies im allgemeinen für zulässig zu erachten[1]), hier ist es zweifellos ebenfalls zulässig, da es nach den Vorschriften der C.-P.-O. über die Anschlußpfändung für den vorliegenden Fall dem als von mehreren Gläubigern beauftragt geltenden Gvz. ausdrücklich übertragen ist, in der oben dargestellten Weise zu handeln. Herauszuheben wäre wohl noch, daß hier nicht compossessio plurium in solidum sondern eine eigentümliche Form des Mitbesitzes vorliegt, bei der die Anteilsberechtigten nicht nebeneinander sondern ausnahmsweise hinter einander stehen. Förster-Eccius III S. 525 findet hierin allerdings einen Fall von Mitbesitz in solidum, findet aber aus dem System des Privatrechts gegen diese reichsgesetzliche Rechtsbildung keine Bedenken, da er den Gvz. nicht als Stellvertreter

---

[1]) Vergl. Dernburg, Pandekten I S. 279.

des Gläubigers sondern als amtlichen Bewahrer ansicht. Der Mitbesitz mehrer in solidum im Privatrecht aber ist mit Recht von jeher als eine logische Unmöglichkeit erkannt worden.[1])

§ 6.

Die Partikularrechte.

a. Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch.

Von den drei vor dem 1. Januar 1900 in Deutschland in Kraft gewesenen Partikularrechten ist die Besitzlehre des sächsischen B. G. B. auf römisch-rechtlichen Grundlagen aufgebaut.

Eine wichtige Änderung ist jedoch die Beseitigung des abgeleiteten Besitzes, der im römischen Recht durch die Bedürfnisse des Lebens vielleicht schon zu einer Zeit entstanden war, wo der Rechtsbesitz noch nicht so weit entwickelt war, um auch das Pfandrecht, die Emphyteuse u. a. in sich aufnehmen zu können, der infolgedessen in das System gar nicht hineinpaßte und außerdem in seiner Ausdehnung höchst bestritten war. So hat nach sächsischem B. G. B. auch der Faustpfandgläubiger nicht juristischen Besitz sondern nur Detention, jedoch hat nach § 208 die Besitzklage „auch der, welcher eine Sache zur Benutzung oder zum Zweck seiner Sicherung inne hat.“ Aus dem Worte „auch“ ergiebt sich, daß die Besitzklage zugleich dem juristischen Besitzer und dem Faustpfandgläubiger zusteht, während sie nach gemeinem Rechte nur der letztere hatte, da neben dem abgeleiteten Besitze nur noch ein stark abgeschwächter sogenannter Usukapionsbesitz möglich war, ohne weitere Befugnisse, als der Name besagt. Wenn jedoch die gepfändeten Sachen beim Schuldner zurückgelassen werden, so entsteht abweichend vom gemeinen Recht kein Faustpfand aus folgenden Gründen: Nach gemeinem Recht erwirbt der Gvz. als Stellvertreter des Gläubigers diesem

[1]) l. 3 § 5 D. de acq. vel am. poss. 41, 2; l. 5 § 15 D. commodati 13, 6; Förster-Eccius a. a. O., Dernburg, Pandekten Bd. 1 § 169 Anm. 9, 10, § 186 Anm. 20.

den juristischen Besitz, d. i. eine vom Rechte geordnete Fülle von Machtbefugnissen, mit denen nicht unbedingt die eigene körperliche Inhabung verbunden zu sein braucht. Da nach sächsischem Recht der juristische Besitz auf den Pfandgläubiger nicht übergeht, andererseits aber die Detention der Pfandsachen dem Schuldner verbleibt, so bleibt nur die Möglichkeit, entweder eine Abänderung des materiellen sächsischen Rechts durch Abs. 2 § 712 C.-P.-O. anzunehmen oder denselben für das sächsische Recht anders zu interpretieren als für das gemeine Recht. Das erstere hat gewiß nicht in der Absicht des Gesetzgebers der C.-P.-O. gelegen, da ihre Vorschriften im Zweifel nur prozessualer, nicht materiell rechtlicher Natur sind, wir dürfen uns daher an diese Möglichkeit nur als Notbehelf halten, wenn sonst eine Vereinbarung des Gesetzes mit dem Landesrecht einmal absolut unmöglich erscheint. Ein solcher Fall mußte oben bei der Pfändung von Früchten in Übereinstimmung mit der herrschenden Ansicht in der Literatur und Rechtsprechung angenommen werden, nicht so aber hier. Bei Anwendung des Abs. 2 erfolgt vielmehr nach sächsischem Recht keine Besitzergreifung, sondern es wird gepfändet durch die Siegelung selbst. Die Vorschrift des § 709 der C.-P.-O. dagegen ist, wie man sofort sieht, rein materieller Natur, sie hätte ebensogut in das deutsche B. G. B. übernommen werden können. Es gilt daher auch für Sachsen, daß der Pfändungsgläubiger auch bei Zurücklassung der Sachen im Verhältnis zu andern Gläubigern dieselben Rechte wie ein Faustpfandgläubiger erhält, also nach § 208 sächs. B. G. B. die Besitzklage. Für den Gvz. bleibt in diesem Falle nichts anderes übrig als die obrigkeitliche Sorge dafür, daß der Schuldner bezüglich der Sache seinen Verpflichtungen nachkomme, ev. das Recht, den Gewahrsam selbst für den Gläubiger zu übernehmen.

b. Das Allgemeine Landrecht.

Erhebliche Verschiedenheiten von dem bisher dargelegten gemeinen und sächsischen Recht enthält die Besitzlehre des A. L. R. und code civil, die hier auf deutsch-rechtlichen Anschauungen aufgebaut ist. Das A. L. R. hat zum Besitzer mit Besitzesschutz jeden

gemacht, der eine Sache in der Absicht „für sich selbst darüber zu verfügen“[1]) inne hat. Darunter fällt jede Inhabung kraft eines dinglichen Rechts an der Sache sowie einer bloß obligatorischen Berechtigung und so natürlich auch die Inhabung des Faustpfandgläubigers, dessen Besitz also nicht mehr wie im gemeinen Recht etwas singuläres ist. Wer dagegen die Sache mit der Absicht in seiner Gewalt hat, nur für einen anderen darüber zu verfügen, ist bloßer Inhaber, seine Inhabung führt den technischen Namen Gewahrsam.[2]) Das letztere trifft zu für den Gvz., derselbe ist bloßer Inhaber. Besitzer ist auch hier der Gläubiger, der wiederum vom Gvz. in der Ausübung des Besitzes vertreten wird. Daß die C.-P.-O. den Ausdruck „in Besitz nehmen“ gebraucht, kann diese Entscheidung nicht ändern, da einerseits „Besitz“ oft für körperliche Gewalt im weitesten Sinne verwendet wird und andererseits an der schon mehrfach erwähnten Natur der Vorschrift als einer nur formell-rechtlichen festzuhalten ist, durch die den materiellen Rechtssätzen der einzelnen Landesrechte, wenn dieselben irgend damit vereinbar sind, nicht präjudiziert werden soll. Dazu kommt, daß die C.-P.-O. sich nicht allen deutschen Gesetzbüchern in ihrer Redeweise anpassen konnte, weil diese verschiedene Sprachen redeten. Wenn die gepfändeten Sachen beim Schuldner zurückgelassen werden, so behält derselbe den Gewahrsam an ihnen, daneben ist er wie zuvor Besitzer und zwar als Eigenbesitzer „vollständiger Besitzer.“ Neben ihm ist im Gegensatz zum sächsischen Recht auch der Gläubiger am Besitze noch beteiligt. Dort war der Besitz durch juristischen Besitz und Detention erschöpft; wenn beides in einer Hand vereint war, so konnte ein anderer an derselben Sache eine privatrechtlich anerkannte Gewalt nicht mehr ausüben. Im A. L. R. ist wie jetzt im B. G. B. ein mehrfacher Besitz an derselben Sache möglich, in der Weise, daß der eine kraft eines Rechtes den unvollständigen Besitz der Sache ausübt, daneben aber der vollständige Besitz des Eigenbesitzers als Rechtsverhältnis erhalten wird.

---

[1]) A. L. R. I 7 § 3.
[2]) A. L. R. I 7 § 2.

Wenn nun der unvollständige Besitzer den Gewahrsam der Sache einem anderen übergiebt, so bleibt auch ihm sein Rechtsverhältnis zu der Sache, besonders der Besitzschutz, erhalten. Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß „der andere" der vollständige Besitzer selbst ist. Den Besitzschutz genießen somit nebeneinander Schuldner und Gläubiger, nicht aber der Gvz., welcher nur Gewahrsamsinhaber ist. Auch dem Gvz. verbleibt eine tatsächliche Gewalt über die Sachen, ob wir dieselbe amtliche Kustodia oder Ausübung des Besitzes für den Gläubiger oder mit Ressel (vgl. oben) „volle" Detention im Gegensatz zu der dem Schuldner obliegenden „bloßen Aufsichtspflicht" nennen, ist im Wesentlichen ein Streit um Worte. Denn daß der Gvz. auch bei Zurücklassung der Sachen tatsächlich in der Lage ist, seine Gewalt auszuüben, ist oben dargelegt worden, und auch rechtlich ist er als Bindeglied zwischen Schuldner und Gläubiger unentbehrlich, da es sonst eine bloße Fiktion ware, dem letzteren Besitz zuzuschreiben. Denn dem Gläubiger selbst ist ja die Sache unzugänglich. Die zutreffendste Bezeichnung für die Gewalt des Gvz. dürfte für das preußische Recht auch für Abs. 2 § 712 C.-P.-O. „Gewahrsam" sein, allerdings in einem etwas weiteren Sinne als sonst üblich ist, dieses Wort zu verwenden. Der Inhalt seiner Rechtsstellung ist die Sorge für die Erhaltung der Sache, allerdings nicht durch persönliche Innehabung sondern durch Beaufsichtigung der Innehabung des Schuldners. Der Schuldner ist der Stellvertreter des Gvz. im Gewahrsam, dieser der Stellvertreter des Gläubigers im Besitze.

c.) Der code civil.

Ein einfacheres Bild bietet unser Fall nach dem code civil. Dieser stellt im Art. 2279 § 1 die durchschlagende Regel auf: En fait de meubles la possession vaut titre. Dieser Grundsatz bedeutet für die Mobilien eine Aufhebung des Unterschiedes von juristischem Besitze und Gewahrsam, der in allen bisher behandelten Rechten zu berücksichtigen war. Besitzer ist nach französischem Recht bei Mobilien jeder, der die tatsächliche Gewalt über dieselben hat, mag die Absicht vorhanden sein, die Sache als eine eigene oder im eigenen

Interesse zu gebrauchen oder nicht. Doch ist auch hier eine Stellvertretung im Besitze möglich, in der Weise, daß die körperliche Gewalt in der Absicht für einen anderen zu besitzen ausgeübt wird.[1]) Auch hier macht also der Grz. den Gläubiger durch die Besitzergreifung zum Besitzer und zwar auch wieder, wenn die Sachen in Gewahrsam des Schuldners belassen werden, aus denselben Gründen, wie sie oben für das A. L. R. dargelegt sind.

Das Bürgerliche Gesetzbuch.

§ 7.

a) Im Falle des Abs. 1 § 808 C.-P.-O.

Wenn wir die bisher besprochenen Rechte in historischer Aufeinanderfolge (gem. R., A. L. R., code civil, sächs. B. G. B.) betrachten, so erkennen wir eine fortschreitende Entwicklung mit der Tendenz, einmal den Kreis derer, welche Besitzschutz genießen, immer mehr zu erweitern, andererseits aber eine Vereinfachung des Systems herzustellen, was besonders dem gem. Rechte gegenüber eine dringende Forderung geworden war. Das B. G. B. hat daher ebenfalls in der Besitzlehre tief eingreifende Neuerungen gebracht und dadurch diese Materie vorläufig zu einem allgemein als glücklich bezeichneten Abschluß gebracht. Der Unterschied von Detention und juristischem Besitz ist gefallen, die Lehre Savignys, der den animus neben dem corpus beim Besitzerwerbe so in den Vordergrund gerückt hat, schon seit Jahren mit Erfolg als unrichtig bekämpft, hat sich überlebt, und ist endgültig beseitigt worden. Der Kampf im römischen und besonders im gemeinen Rechte, wem der Besitzschutz zu Teil werden müsse, ob nur dem Eigenbesitzer oder auch solchen, denen nur ein ius in re aliena oder gar nur ein obligatorischer Anspruch auf die Sache gegen den Eigenbesitzer zusteht, ein Kampf, dessen Ergebnisse sich zeigen in dem „abgeleiteten“ juristischen Besitze des römischen Rechts, in der Ausdehnung der Aktivlegitimation bei der Spolienklage des gemeinen

[1]) code civil a. 2228, code de procédure a. 23.

Rechts, ist endgültig entschieden. Eigenbesitzer, dinglich, obligatorisch Berechtigte, alle haben bei vorhandenem Gewahrsam Besitzschutz, und auch für unser Thema kann es sich vom Standpunkte der Mandatstheorie aus nicht um die Frage nach der Existenz des Besitzes des Gvz. handeln, sondern lediglich um das Verhältnis seines Besitzes zu der Rechtsstellung der anderen beteiligten Personen der Sache gegenüber.

Wir nehmen unsern Ausgang auch hier wieder von dem Fall des nunmehrigen § 808 Abs. 1 C.-P.-O., der jetzt allerdings die Ausnahme bildet, dessen juristische Konstruktion aber gegenüber dem Abs. 2 die geringeren Schwierigkeiten bietet. Daß hier der Gvz. Besitzer der gepfändeten Sachen ist, ist ohne weiteres klar, da zur Erlangung des Besitzes nichts weiter gehört als die Erlangung der tatsächlichen Gewalt, während von animus nicht mehr die Rede ist[1]). Ob er diesen Besitz für sich selbst oder für seinen Auftraggeber (dieser Ausdrück möge auch hier beibehalten werden anstatt einer ungebräuchlichen Übersetzung von locator operis) ausübt, ist gleichgültig, da mit dem Erfordernis des animus beim Besitzerwerb die römische Lehre von der Stellvertretung im Besitze im wesentlichen beseitigt ist. Eine Ausnahme bildet in betreff des letzteren Punktes nur § 855 B. G. B.: „Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnisse aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer."

Die Ähnlichkeit des Verhältnisses mit den genannten Fällen (Haushalt, Erwerbsgeschäft) braucht nicht darin zu bestehen, daß der Besitzdiener (dies ist der übliche Ausdruck für einen Inhaber der im § 855 bezeichneten Art) seine Gewalt räumlich innerhalb der Machtsphäre des anderen ausübt, das Charakteristikum der Besitzdienerschaft ist vielmehr ein Inneres, nämlich der Inhalt des Relativsatzes: die Verpflichtung, den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten, sodaß die Fälle der Aus-

[1]) § 854 B. G. B.

übung im Haushalte oder Erwerbsgeschäft nur als Beispiele zu gelten haben, und alle solchen Fälle hierher zu ziehen sind, denen, was eine Frage der Auslegung ist, die Abhängigkeit von den Weisungen eines anderen in ähnlicher Weise wie im Haushalt oder Erwerbsgeschäft eigentümlich ist.[1] Man hat versucht,[2] auch den Gvz. als Besitzdiener bezüglich der gepfändeten Sachen anzusehen. Da Cosack den Gvz. neben dem Vormund, Konkursverwalter und Testamentsvollstrecker nennt, so wird man an die oben besprochene Anschauung Plancks[3] erinnert, der den Gvz. für den Sch. besitzen läßt, so wie der Vormund für sein Mündel besitzt. Doch spricht sich Cosack nicht bestimmt hierüber aus. Er selbst giebt zu, daß gegen seine Meinung der Umstand spricht, daß nach B. G. B. § 2205 der Testamentsvollstrecker berechtigt ist, den Nachlaß im Besitz zu nehmen, sieht aber hier in dem Worte „Besitz“ einen Redaktionsfehler. Dabei ist es ihm entgangen, daß der gleiche Sprachgebrauch sich in dem uns hier beschäftigenden § 808 der C.-P.-O. sowie in § 117 der Konkursordnung (inbetreff des Konkursverwalters) findet, somit die Worte „in Besitz nehmen“ nicht irrtümlich, sondern in voller Würdigung ihrer Bedeutung gebraucht sind.

Es ist indessen nicht schwer einzusehen, daß ein Abhängigkeitsverhältnis der im § 855 B. G. B. bezeichneten Art hier überhaupt nicht vorliegt. Soweit der Gläubiger kraft des Auftragsverhältnisses dem Gvz. Weisungen giebt, die sich in den gesetzlichen Grenzen halten, hat der Gvz. denselben allerdings nachzukommen, aber das ist nicht in so umfassender Art möglich, wie es § 855 B. G. B. offenbar im Auge hat. Dieser Paragraph ist in seiner Fassung allerdings wenig präzis, so daß der Interpretation ein weites Feld eröffnet ist. Es mag dies wohl auch die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, um bei der Anwendung desselben die Anschauungen des täglichen Lebens, die sich räumlich und zeitlich

---

[1]) Vergl. Staudinger, Komm. zum B. G. B. § 855 Nr. 3a.

[2]) So Cosack, Bürgerl. Recht II, S. 66. § 185, VI, 2 d. Rottmann, Rechtliche Stellung des Gerichtsvollziehers nach der Reichsgesetzgebung ab 1. Januar 1900, S. 44 Anm. 1.

[3]) Civilprozeß II 2 S. 721.

nicht immer gleich sind, mitsprechen zu lassen. Die Verpflichtung, Folge zu leisten, muß im Sinne dieses Paragraphen nicht nur eine auf einem Rechtsverhältnis beruhende obligatorische sein; es müssen hier überhaupt die juristischen Momente zurücktreten gegenüber sozialen, wirtschaftlichen, wie die genannten Beispiele, Haushalt und Erwerbsgeschäft, andeuten, wobei der, dem der Besitz abgesprochen ist, in der Regel wirtschaftlich so viel schwächer ist als der andere, so daß eine Teilung des Besitzes in unmittelbaren und mittelbaren zwischen ihnen als den Anschauungen des Lebens widersprechend nicht angängig erscheint. Die nach der herrschenden Ansicht das Wesen des mittelbaren Besitzes ausmachenden zwei Stücke, die tatsächliche Gewalt des unmittelbaren Besitzers und seine Unterordnung unter den mittelbaren, sind an sich auch hier beide vorhanden, jedoch tritt das zweite in so starker Form auf, daß es nicht nur eine obgligatorische Verpflichtung dessen, der die Sache physisch in den Händen hat, schafft, sondern gleichsam seine Person unter die wirtschaftliche Macht des andern bringt, sodaß die durch ihn ausgeübte Sachherrschaft als eine direkt von dem anderen ausgeübte erscheint, der letztere also alleiniger Besitzer wird. Demgemäß sprach im zweiten Entwurf der entsprechende § 778 von einem Abhängigkeitsverhältnisse. (Dies ist der Regelfall, neben dem es auch Besitzdienerverhältnisse ohne wirtschaftliche Abhängigkeit giebt.) Dabei darf nie fehlen die Verpflichtung, „den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten," d. h. unbedingt und jederzeit Folge zu leisten, insbesondere der Aufforderung zur Herausgabe, der gegenüber der Besitzdiener kein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 B. G. B.) hat und die der andere ohne Rechtsverletzung auch eigenmächtig, auch mit Gewalt durchsetzen darf. Beide Merkmale des § 855 sind aber hier nicht vorhanden, weder das Abhängigkeitsverhältnis noch auch das unbeschränkte Recht, die Herausgabe der Sachen zu verlangen. Den Innehabungsverhältnissen des § 855 mit der ihnen eigentümlichen beliebigen Widerruflichkeit kann man in dieser Hinsicht das römische Prekarium vergleichen (wobei natürlich auch die in anderer Hinsicht bestehenden bedeutenden Unterschiede zwischen beiden nicht übersehen

werden dürfen, vor allem, daß der Prekarist gerade possessor ist.)

Der Einwand Cosacks, der Besitz des Gvz. müßte, wenn er existierte, auf seine Erben übergehen, ist erst im folgenden Paragraphen zurückzuweisen, da nur im Falle des Abs. 2 § 808 C.-P.-O. eine absolute Unmöglichkeit eines solchen Überganges vorhanden ist.

Das Hauptfundament der Besitzlehre des B. G. B. enthält der § 868: „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter oder Verwahrer, oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz.)

Wir werden sehen, daß diese Vorschrift auch auf den Gvz. zur Anwendung kommt, auch hier wird es wieder auf die Auslegung der Worte: „in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er" u. s. w. ankommen. Möglich ist es, einen mittelbaren Besitz nach § 868 B. G. B. stets dann anzunehmen, wenn den Voraussetzungen des Relativsatzes genügt ist (Berechtigung oder Verpflichtung einem anderen gegenüber zum Besitz) oder aber in grammatisch strengerer und daher richtigerer Interpretation dem Worte „ähnlich" eine selbständige Bedeutung des Inhalts zu geben, daß zu der Berechtigung oder Verpflichtung noch ein weiteres Merkmal hinzuzufügen ist, welches den vom Gesetz als Beispiele aufgeführten Fällen des Nießbrauches, Pfandrechts u. s. w. zu entnehmen ist.[1])

Die Beschränkung des mittelbaren Besitzes im Sinne der letzteren Annahme ist das zutreffende, zumal im B. G. B. bei Erwähnung dieses doppelten Besitzes mehrfach[2]) die Rede ist von „dem mittelbaren Besitzer, von dem der unmittelbare Besitzer sein Recht ableitet." Hiernach ist nur dann unmittelbarer Besitz gegeben, wenn zwischen dem mittelbaren und dem unmittelbaren Besitzer ein Rechtsverhältnis vorhanden ist, kraft dessen der unmittelbare und mittelbare Besitz ihrer Entstehung nach einen gewissen Zusammen-

---

[1]) Vergl. Staudinger a. a. O. § 868 Anm. I 2; Planck, Kommentar zum B. G. B. § 868 Anm. 2b.

[2]) §§ 941, 986, 991.

hang haben. Wir finden hier den abgeleiteten Besitz des römischen Rechts wieder, allerdings ausgedehnt auf eine weit größere Anzahl von Fällen und mit der Neuerung, daß „der andere“ durch die Ableitung nicht nur Usukapios- sondern Vollbesitzer bleibt. Auch bei dem Besitze des Gvz. ist eine solche Ableitung festzustellen. Allerdings hat der Gläubiger nicht den Besitz dem Gvz. übertragen, da er ihn ja vorher gar nicht gehabt hat; so ist aber § 868 B. G. B. auch nicht zu verstehen, vielmehr leitet der Gvz. die Befugnis der Besitzergreifung von dem Gläubiger aus dem Auftrage desselben her, der Gläubiger ist also sein Gewährsmann, den er bei der Vollstreckung vertritt und in dessen Vollmacht er den Besitz ergreift, und somit mittelbarer Besitzer nach § 868 B. G. G., da auch das andere Erfordernis vorhanden ist, der Gvz. nämlich dem Gläubiger gegenüber auf Zeit zum Besitze sowohl berechtigt als verpflichtet ist. Auch für das B. G. B. ergiebt sich also aus dem Gesagten die Faustpfandeigenschaft des Pfändungspfandrechtes, genau so wie nach gemeinem Recht.

Dagegen ist folgender theoretischer Unterschied zwischen gemeinen Recht und B. G. B. vorhanden. Npch gemeinem Recht ist der Gvz. Stellvertreter des Gläubigers im Pfandbesitz, nach B. G. B. erwirbt er den Besitz sich selbst. Pfandbesitz ist aber nicht dieser, sondern der daneben infolge des Willens des Gvz. in der Person des Gläubigers zugleich entstehende mittelbare Besitz. Wenn wir daneben dem Besitze des Gvz. noch eine nähere Bezeichnung geben wollen, so ist dieselbe seinem Verhältnis zu seinem Gewährsmann, dem Gläubiger, zu entnehmen. Man könnte ihn, um eine der im § 868 B. G. B. aufgezählten Besitzarten zu nehmen, Verwahrungsbesitzer nennen. (Mit dem römischen Sequestrationsbesitz hat das selbstverständlich nichts zu tun.) Wichtigere praktische Folgen hat eine solche Spezialisierung indessen nicht.

Auch hier würde sich vom Standpunkte der Amtstheorie ein anderes Resultat ergeben. Wenn man den Gvz. nur kraft seines Amtes vorgehen läßt, so liegt Auftrag und Vollmacht des Gläubigers nicht vor, der Gvz. leitet also den amtlich ergriffenen Besitz nicht

vom Gläubiger ab, der letztere ist nicht „auch Besitzer“, und das Pfändungspfandrecht ist kein Faustpfandrecht.

Diese Auffassung ist neuerdings besonders von Riedinger und Roer vertreten worden, die aber, obwohl beide Anhänger der Amtstheorie, im einzelnen erheblich von einander abwichen. Als Besitzer der vom Gvz. dem Gläubiger weggenommenen Pfandsachen faßt Riedinger[1]) lediglich den Staat auf, der Gvz. ist bei ihm wie jeder andere Beamte lediglich Besitzdiener des Staates. Das ist eine konsequente Durchführung des Prinzipes, daß der Gvz. unter den Beamten eine Sonderstellung durchaus nicht einnimmt, und wird höchstens aus praktischen Gründen eine Ausnahme finden müssen bei denjenigen Sachen, welche der Gvz. nicht in einer Pfandkammer als Pfandsachen kenntlich sondern in seinen Privaträumlichkeiten mit seinem Eigentum vermischt aufbewahrt.

Die Polemik Roers[2]) gegen Riedinger erscheint mir nicht stichhaltig. Die „selbständige Stellung des Gvz.“[3]) ist kein Gegenbeweis, denn nicht weniger selbständig als der Gvz. ist doch gerade der Richter gegenüber dem Staat, und dieser ist doch zweifellos bezüglich der dienstlich in seine Hände kommenden Gegenstände, seien sie Staatseigentum, wie z. B. Akten, oder nicht, etwa beschlagnahmte Sachen, immer nur Besitzdiener des Staates. Roer[4]) selbst sieht den Gvz. in Übereinstimmung mit Fischer[5]) als unmittelbaren Besitzer der dem Schuldner abgenommenen Sachen an.[6])

Auch für die Mandatstheorie erhält man dann dieses Ergebnis, wenn man zwar annimmt, der Gvz. sei vom Gläubiger beauftragt amtlich tätig zu werden, handele aber nicht in privatrechtlicher Vertretung des Gläubigers, sondern nur unter eigener Amts-

[1]) a. a. O. S. 96 ff.

[2]) a. a. O. S. 23 ff.

[3]) S. 25 ebenda.

[4]) a. a. O. S. 32 ff.

[5]) Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch § 868.

[6]) Darüber, daß daneben der Schuldner mittelbarer Besitzer bleibt, vgl. u. S. 161 ff., da dieser Umstand in den Fällen von Abs. 1 und 2 § 808 C.-P.-O. gleich liegt.

verantwortlichkeit dem Dritten gegenüber (so das Reichsgericht). Der Gvz. bleibt dann höchstens bloßer Interessenvertreter des Gläubigers.[1])

§ 8.

II. Im Falle des Abs. 2 § 808 C.-P.-O.

Das Verfahren bei der Zwangsvollstreckung nach der revidierten C.-P.-O. unterscheidet sich von dem früheren dadurch, daß jetzt die gepfändeten Sachen regelmäßig im Gewahrsam des Schuldners zurückzulassen sind. Auch hier treten wir vor die Frage, ob bezw. welche Änderungen durch die Zurücklassung im Gewahrsam des Schuldners in den Besitzverhältnissen der beteiligten Personen hervorgerufen werden. Dazu werden wieder die beiden wichtigen §§ 855 und 868 B. G. B. heranzuziehen sein, da es sich nur entweder um ein Besitzdienerverhältnis einerseits oder um unmittelbaren Besitz, der einem mittelbaren untergeordnet ist, andererseits handeln kann. War im vorigen Paragraphen das Besitzdienerverhältnis zwischen Gläubiger und Gvz. ohne weiteres in Abrede zu stellen, so liegt die Sache hier für das Verhältnis zwischen Gvz. und Schuldner doch erheblich anders. Die oben festgestellten Merkmale des § 855 treffen hier bei dem Schuldner, dem der Gewahrsam der Sache gelassen ist, alle zu: zunächst ist der Gvz. befugt, wenn er eine Gefährdung der Befriedigung seines Auftraggebers annehmen zu müssen glaubt, auch nachträglich dem Schuldner den Gewahrsam zu entziehen. Wir können annehmen, daß er das auch mit Gewalt tun kann, da dem Schuldner ein eigenes Recht auf den Besitz von der C.-P.-O. nicht eingeräumt ist,[2]) vielmehr die Vorschrift, daß die Sachen im Gewahrsam des Schuldners zu belassen sind, nur eine prozessuale Ordnungsvorschrift an die Gvz. ist, deren Erfüllung der Schuldner nicht im Wege der Klage, sondern höchstens durch eine Einwendung nach § 766 C.-P.-O.

[1]) Vergl. oben S. 25, 27.
[2]) Abw. Vogt a. a. O. S. 43.

erreichen kann. (Zweifelnd Gaupp=Stein: „Ob der Schuldner zugleich durch Abs. 2 ein Recht auf den Besitz hat kann offen bleiben."[1]) Auch das andere Moment, die erhebliche wirtschaftliche Schwäche gegenüber dem anderen, ist beim Schuldner in der Zwangsvollstreckung vorhanden (wenigstens in dem Normalfalle, daß eine freiwillige Befriedigung des Gläubigers auf Grund rechtskräftigen Urteils deswegen nicht erfolgt, weil der Schuldner dazu nicht im Stande ist.) Verhält sich doch der Schuldner bei der Zwangsvollstreckung vollkommen passiv, dieselbe nimmt ihren Verlauf, ohne daß sein eigener Wille dabei rechtserheblich in Betracht kommt. Indem wir also so den Schuldner im Falle des § 808 Abs. 2 als Besitzdiener betrachten, ergibt sich, daß der Besitz des Gvz. auch hier unmittelbarer ist.[2]) Auf einen anscheinend schwerwiegenden Beweisgrund, den Cosack für die Unmöglichkeit eines Besitzes im Falle des Abs. § 808 C.=P.=O. ins Feld führt, soll hier noch etwas näher eingegangen werden, da er eine interessante Streitfrage betrifft, für die ich in der Literatur eine befriedigende Lösung nicht gefunden habe. Cosack[3]) sagt, daß wenn der Gvz. oder überhaupt ein Verwaltungsbesitzer (dieser Ausdruck findet sich nicht bei Cosack, er ist aufgestellt von Strohal[4]) stürbe, sein Besitz nach § 857 auf seine Erben übergehen würde. Dieses Resultat erscheint ihm so unmöglich, daß er lieber den Gvz. in § 855 B. G. B. hineinzwängt und das als das Erträglichere ansieht, ohne selbst den positiven Beweis für das Vorhandensein der für § 855 aufgestellten Erfordernisse anzutreten. Die Möglichkeit der Vererbung auch dieses Besitzes wird von Cosack zugegeben für die Sachen, die der Verwaltungsbesitzer in seinen eigenen Räumen verwaltet, und das dürfte in der Tat annehmbar sein. Beim mittelbaren Besitz des Verwaltungs=

---

[1]) Kommentar § 808 IV.

[2]) Ebenso Petersen=Anger § 808 Nr. 7; Bartels, Zur Besitzlehre des B. G. B., bei Gruchot 42, 672; abw. Gaupp=Stein § 808 IV; Strohal Sachbesitz S. 8; Fischer=Henle § 868 Anm. 2.

[3]) a. a. O. S. 67.

[4]) Zum Besitzrecht des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. In Iherings Jahrbuch 29, S. 372.

besitzers aber hält er die Vererbung für unmöglich und ist daher auf den genannten Ausweg verfallen. Er erklärt aber selbst „die ganze Frage für äußerst zweifelhaft, da das Gesetz sie schweigend übergeht.“

Die Antwort auf diese Streitfrage dürfte dennoch im Gesetze enthalten sein. Zunächst trifft § 854 (Erlangung der tatsächlichen Gewalt) auch auf den Gvz. zu; § 854 wird also anzuwenden sein, wenn nicht sonst eine positive Bestimmung dagegen ist oder eine unmögliche Konsequenz daraus abzuleiten ist. Eine solche ist, wie sich zeigen wird, auch in § 857 nicht enthalten. Der Inhalt des § 857 B. G. B. ist überaus knapp: „Der Besitz geht auf den Erben über, also eine scheinbar uneingeschränkte ausnahmslose Rechtsnorm, als welche sie auch von der Literatur zum Teil behandelt wird[1]), indem man sich mit den Konsequenzen auch für den Verwaltungsbesitz so gut als möglich abzufinden versucht. Daß hier nicht die tatsächliche Gewalt nach § 854 gemeint sein kann, ist klar, denn für die Fälle, in denen der Erbe dieselbe wirklich hat, wäre eine besondere Normierung der Vererblichkeit überflüssig gewesen.

Die Protokolle[2]) setzen dafür die „Rechtsposition“ des Erblassers, das wäre also vorzugsweise der Besitzschutz, die Besitzklagen. Diese Position z. B. dem Erben des Testamentsvollstreckers zu geben, hat eine gewisse Berechtigung, da derselbe dem Erben gegenüber zur Fortführung der Geschäfte bei Gefahr im Verzuge verpflichtet ist.[3]) So mag es auch bei dem oder jenem anderen Verwaltungsbesitzer noch möglich sein, beim Gvz. ist die Vorschrift offenbar nur für die in seinem unmittelbaren Besitz befindlich gewesenen Sachen anwendbar, deren tatsächliche Gewalt der Erbe sich jederzeit zusammen mit der übrigen Erbschaft verschaffen kann. Wenn dagegen der Gvz. nur mittelbarer Besitzer war, so ist die Anwendung von § 857 B. G. B. eine offenbare Unmöglichkeit, die gewollt zu haben man dem Gesetz gewiß nicht unterschieben darf.

---

[1]) So Planck, Kommentar § 857, 3; Straubinger § 857 IV.

[2]) Bd. 5. S. 651.

[3]) §§ 2218 Abs. 1, 673 S. 2 B. G. B.

Die Lösung dürfte darin zu finden sein, daß der § 857 gar nicht eine so ausnahmslose Regel enthält, wie es auf den ersten Blick scheint. „Der Besitz geht über" heißt noch nicht: „Jeder Besitz muß übergehen," sondern ist zunächst nur die Statuierung eines neuen Prinzipes gegenüber dem bisherigen, besonders gemeinen Rechte. Das bedeutet: „Der Besitz hat von nun an die Fähigkeit überzugehen." Fischer[1]) sagt: „Notwendig ist ein an und für sich vererblicher Besitz." Welcher Besitz ist aber „an und für sich" vererblich?

Das darf sich nicht aus allgemeinen Erwägungen über die Zweckmäßigkeit der Anwendung des § 857 in diesem oder jenem Falle ergeben, sondern die Nichtanwendung dieses so knappen Paragraphen darf nur auf eine positive Rechtsnorm gestützt werden. Eine solche enthält § 1922 B. G. B.: „Mit dem Tode einer Person geht deren Vermögen . . . . über."

Über das Verhältnis der §§ 1922 und 857 zu einander kann man verschiedener Ansicht sein. Entweder stehen beide selbständig einander gegenüber in der Weise, daß 1. das Vermögen des Erblassers und 2. sein Besitz auf seinen Erben übergeht. Dem widerspricht aber die Stellung, die § 857 im Gesetz gefunden hat. Der an die Spitze des gesamten Erbrechts gestellte § 1922 will offenbar ausschließlich die Regel angeben, was für Gegenstände des Übergangs auf die Erben fähig sind und § 857 giebt sozusagen eine Erläuterung des § 1922, indem er bestimmt, daß auch der Besitz übergeht und zwar soweit er Vermögensbestandteil des Erblassers war. Vermögen ist nach Roscher[2]) „die Summe aller wirtschaftlichen Güter, welche sich im Eigentum einer Person befinden." Etwas kürzer und richtiger sagen wir wohl: „Die Snmme aller wirtschaftlichen Güter einer Person," da das Wort „Eigentum" von Roscher nicht im juristisch-technischen Sinne gebraucht ist. Hiernach auch den Besitz in das Vermögen des Besitzers zu rechnen, erscheint unbedenklich, zumal doch häufig der

[1]) Fischer-Henle § 857.

[2]) Grundlagen der Nationalökonomie. S. 17.

Besitz allein, ohne Rücksicht auf das zu Grunde liegende Recht, dem Besitzer einen wirtschaftlichen Vorteil gewährt und die Summe seiner wirtschaftlichen Güter vermehrt. Wissenschaft und Gesetzgebung der letzten Jahrzehnte haben den Besitz mehr und mehr dem Rechte angenähert, ohne jedoch den letzten Schritt auf diesem Wege zu tun, nämlich die Gleichstellung beider auszusprechen. Wäre das im B. G. B. geschehen, so würde § 857 überflüssig sein, da sein Inhalt durch § 1922 gedeckt wäre, denn die Rechte des Erblassers gehören selbstverständlich zu seinem Vermögen.

Es bedarf nun wohl einer näheren Begründung nicht, daß der Besitz Vermögensbestandteil des Besitzers nur in den Fällen ist, wo er lediglich auf privatrechtlichem Titel beruht, nicht aber hier, wo er vom Gvz. kraft seiner Amtsgewalt ergriffen worden ist. Wir sind weit entfernt, uns auf Seite derer zu stellen, welche einen Amtsbesitz mit ganz eigenartigen Rechtswirkungen konstruiert haben und jeden Vergleich desselben mit dem Besitz des bürgerlichen Rechts ängstlich ablehnen. Vielmehr ist auch der amtliche Besitz den Regeln des bürgerlichen Rechts stets zu unterstellen, soweit sich daraus nicht offenbare Unmöglichkeiten ergeben. Und eine solche ist allerdings die Einrechnung des Amtsbesitzes in das Privatvermögen des Besitzers. Daraus ergiebt sich, daß derselbe auch in das Vermögen des Erben nicht übergeht.

In beiden Fällen (Abs. 1 und 2 § 808 C.-P.-O.) ist über dem Gläubiger auch noch der Schuldner mittelbarer Besitzer nach den §§ 871, 868 B. G. B., da der Gläubiger ihm gegenüber als Pfandgläubiger zum Besitze berechtigt ist.[1]) In seiner Person vereinigt sich also im Falle des Abs. 2 mittelbarer Eigenbesitz und Besitzdienerschaft. Bartels[2]) scheint ihm auch den mittelbaren Besitz abzusprechen, „da jedes vertragsmäßige Band zwischen ihm und dem Gvz. fehlt.“ Indessen enthält § 868 nicht das Erfordernis eines Vertrages, nur liegt zufällig den dort aufgeführten Beispielen in der Regel ein Vertrag zu Grunde, ohne daß derselbe aber für das Entstehen des mittelbaren Besitzes ursäch-

[1]) Vergl. hierzu Roer a. a. O. S. 32, 33.

[2]) a. a. O. S. 672.

lich wäre. Doch widerspricht sich Bartels,[1]) indem er vorher sagt: „Im Übrigen ist es gleichgültig, ob das Rechtsverhältnis durch Vertrag entsteht, oder ohne solchen quasi ex contractu, mithin von Gesetzes wegen in Anknüpfung an eine Tatsache unmittelbar hervorgerufen wird." Es scheint mir überhaupt, daß Bartels von den meisten falsch verstanden worden ist. Auch er will wohl nicht leugnen, daß der Schuldner mittelbarer Besitzer bleibt, sondern meint nur, daß im Falle der Wegnahme der Sachen der Gvz. nur für den Gläubiger, nicht auch der Gvz. für den Schuldner besitzt. Dann ist der obige Widerspruch gelöst.

Die Stufenfolge der einzelnen Besitzarten ist also, um das Ergebnis festzustellen, im Falle des Abs. 1 § 808 C.-P.-O.: unmittelbarer Besitzer der Gvz., mittelbarer der Gläubiger, über diesem der Schuldner, im Falle des Abs. 2 ebenso, dazu noch unter dem Gvz. der Schuldner als Besitzdiener.

Ein Verwahrungsvertrag zwischen Gvz. und Schuldner liegt hier so wenig wie nach gemeinem Rechte vor. Daß der Schuldner verpflichtet ist, dem obrigkeitlichen Befehle des Gvz. zur Behütung der Pfandsachen Folge zu leisten, ist ebenfalls ein Kennzeichen dafür, daß er nur Besitzdiener ist. Diese Besitzdienerschaft ist die gleiche wie die des Staatsbeamten an dem Inventarium seines Bureaus, der zur Sorge für dasselbe durch seine Ernennung zum Beamten verpflichtet ist, die ebenfalls ein einseitiger staatlicher Hoheitsakt ist.

Auch hierin zeigt sich eine Folge der dem Gvz. vor allen anderen Beamten eingeräumten Sonderstellung, daß er selbständiger Besitzer der gepfändeten Sachen und nicht, wie etwa der Richter bezüglich einer beschlagnahmten Sache, Besitzdiener für den Staat ist.[2])

Bei der jeglichen Besitz des Gläubigers läugnenden Amtstheorie ergeben sich für den Fall des § 808 Abs. 2 zwei Möglichkeiten: entweder bleibt der Schuldner unmittelbarer und alleiniger

---

[1]) ebenda S. 660.

[2]) abw. Riedinger (vergl. o.)

Besitzer, oder er wird selbst unmittelbarer, der Gvz. aber mittelbarer Besitzer. Die erstere Ansicht wird von Riedinger, die zweite von Roer vertreten. Nach unseren vorangegangenen Darlegungen muß das Letztere als das Zutreffende erachtet werden. Einzelheiten in der Beweisführung Roers sind indessen auch nicht einwandfrei. Wenn man schon wie Roer den Gvz. nicht als unmittelbaren Besitzer und den Schuldner als Besitzdiener auffaßt, so ist die Sachlage doch die, daß der Gvz. hier von vornherein nur den mittelbaren Besitz der Sache ergreift. „Nachdem der Gvz. die Sache in Besitz genommen hat, muß er entscheiden, ob er sie mit sich nehmen soll oder nicht."[1]) Nein, vielmehr wird sich der Gvz. das stets schon, bevor er die Sache für gepfändet erklärt, überlegt haben und bei der Pfändungserklärung alias Besitzergreifung selbst zum Ausdruck bringen, so daß von einem Zurückgeben an den Schuldner nicht die Rede sein kann.

§ 9.

3. Im Falle der §§ 809, 810, 826 C.-P.-O.

Wenn eine im eigenen Gewahrsam des Gläubigers befindliche Sache des Schuldners nach § 809 C.-P.-O. gepfändet wird, wird dann der Gläubiger auch Besitzdiener des Gvz., und wenn er das nicht wird, besitzt dann der letztere überhaupt noch? Für die erstere Frage wird Folgendes zu erwägen sein. Das wirtschaftliche Unterordnungsverhältnis entfällt hier ganz. Der Gläubiger kann nicht seinem eigenen Mandatar, der nur auf seine Weisung überhaupt in Tätigkeit tritt, untergeordnet sein, mag dieser auch Beamter mit Imperium sein, denn das Imperium steht im eigenen Dienste des Gläubigers. Auch die Pflicht, den Weisungen des Gvz. in Bezug auf die Sache Folge zu leisten, also in Sonderheit die unbeschränkte Herausgabepflicht, läßt sich aus keiner gesetzlichen Bestimmung herleiten.

---

[1]) Roer S. 46.

Wertpapiere und Kostbarkeiten dürfen auch beim Gläubiger nicht zurückgelassen werden. Alle andern Sachen bleiben dagegen stets bei ihm zurück und zwar so lange, als es ihm beliebt, da er ja die Beendigung der Vollstreckung durch Zwangsversteigerung beliebig hinausschieben kann, damit etwa inzwischen der Schuldner freiwillig zahle. Somit ist also der Gläubiger nicht nur Besitzdiener sondern Besitzer der Pfandstücke. Man wird daraus folgern können, daß bei dieser Sachlage beim Gvz. überhaupt kein Besitz vorliegt, da es eine gekünstelte, durch die Tatsachen nicht zu rechtfertigende Konstruktion wäre, daß der Gläubiger für den Gvz. besitze, dieser seinerseits wieder für den Gläubiger. Vielmehr besitzt der Gläubiger für sich ganz allein.

Der Dritte dagegen, bei dem mit seiner Einwilligung gepfändet wird, ist als Besitzdiener des Gvz. zu betrachten, wenn die Sachen bei ihm verbleiben. Denn sein Verhältnis zur Sache ist von der Pfändung an ein anderes wie bisher und kein anderes als das des Schuldners. Vor allem muß er einer Aufforderung zur Herausgabe ungesäumt Folge leisten, da er so wenig wie der Schuldner ein Recht auf Behaltung der Sachen gegenüber dem Gvz. hat. In diese Lage begiebt er sich freiwillig durch seine Einwilligung in die Pfändung. Daß die wirtschaftliche Abhängigkeit, die hier fehlt, nicht essentiell für die Anwendung des § 855 ist, ist schon betont worden.[1])

Für die Pfändung von Früchten auf dem Halme ist hier nachzutragen, daß das B. G. B. sich darin dem gemeinen Rechte anschließt, daß es ein Sondereigentum oder -Recht an Bestandteilen nicht zuläßt.[2])

Für die Zwecke der Mobiliar-Zwangsvollstreckung ist also durch die C.-P.-O. ebenfalls insofern eine materiell-rechtliche Ausnahme geschaffen, als die Früchte als bewegliche Sachen gelten. Nach dem Wortlaut der C.-P.-O. werden sie allein von dem Pfandrecht ergriffen, nicht auch der Boden, worauf sie stehen und

[1]) Vergl. o. S. 137.

[2]) B. G. B. § 93.

nicht das Fruchtziehungsrecht. Daß die Früchte ohne den Boden in den Besitz des Gvz. treten, ist dem sonstigen Rechte des B. G. B. gegenüber keine Besonderheit, da nach § 856 besonderer Besitz an ungetrennten Bestandteilen immer möglich ist.

Das fürs gemeine Recht über die Anschlußpfändung Gesagte erleidet durch das B. G. B. keine Änderungen. Für das Kontrahieren des Stellvertreters mit sich selbst, ergeben die Worte des § 181 B. G. B.: „Soweit nicht ein anderes bestimmt ist," dasselbe Resultat wie im gemeinen Recht. Eine solche „andere Bestimmung" ist im § 826 C.-P.-O. enthalten.

Lebenslauf.

Ich Friedrich August Gustav Schenk bin geboren am 15. Mai 1882 zu Jauer als Sohn des Fabrikbesitzers Friedrich Schenk und seiner Ehefrau Emma geb. Weber, evangelischer Religion. Von Ostern 1888—1891 besuchte ich die Vorschule des Königlichen Gymnasiums, sodann das Gymnasium zu Jauer, an dem ich Ostern 1900 die Reifeprüfung bestand. Ich studierte sodann Rechts- und Staatswissenschaften, und zwar im S.-S. 1900 in Freiburg i. B., im W.-S. 1900/01 in Leipzig, im S.-S. 1901 in Berlin und vom W.-S. 1901/02 bis dahin 1902/03 in Breslau. In dieser Zeit hörte ich Vorlesungen bei folgenden Herren Professoren und Dozenten:

Biedermann, Bienemann, Binding, Brunner, Brie, Dahn, Eulenburg, Fischer, Gretener, Heymann, Hölder, Klingmüller, Kohler, Leonhard, v. Liszt, v. Martitz, Rosin, Rümelin, R. Schmidt, R. Schmitt, Schücking, Seckel, Sohm, Sombart, Stieda, Strohal, Wolf, Zeumer.

Am 28. Mai 1903 bestand ich am Königlichen Oberlandesgericht Breslau die erste juristische Prüfung und wurde sodann als Referendar dem Amtsgericht Habelschwerdt und vom 13. März 1904 ab dem Landgericht Beuthen O.-S. überwiesen. Seit dem 1. Oktober 1904 diene ich als Einjährig-Freiwilliger beim 5. Niederschl. Infanterie-Regiment Nr. 154 in Jauer.

Allen meinen hochverehrten Lehrern, insbesondere den Referenten dieser Arbeiten, Herren Geheimräten Leonhard und Fischer, spreche ich hiermit für die auf mich verwandte Mühe meinen herzlichen Dank aus.